

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

MÁRLON AUGUSTO KURT NEMETZ HAABEN

**OS CRIMES DA LEI 8.666/93 E AS SUAS PRÁTICAS DE PREVENÇÃO: UMA
ABORDAGEM SOBRE A TRANSPARÊNCIA, TRIBUNAL DE CONTAS,
CONTROLE POPULAR E ACORDO DE LENIÊNCIA**

**CURITIBA
2018**

MÁRLON AUGUSTO KURT NEMETZ HAABEN

**OS CRIMES DA LEI 8.666/93 E AS SUAS PRÁTICAS DE PREVENÇÃO: UMA
ABORDAGEM SOBRE A TRANSPARÊNCIA, TRIBUNAL DE CONTAS,
CONTROLE POPULAR E ACORDO DE LENIÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção de grau de bacharelado em direito, do
Centro Universitário Curitiba.

Orientadora: Ana Luiza Chalusnhak

**CURITIBA
2018**

MÁRLON AUGUSTO KURT NEMETZ HAABEN

**OS CRIMES DA LEI 8.666/93 E AS SUAS PRÁTICAS DE PREVENÇÃO: UMA
ABORDAGEM SOBRE A TRANSPARÊNCIA, TRIBUNAL DE CONTAS,
CONTROLE POPULAR E ACORDO DE LENIÊNCIA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientador: Msc. Ana Luiza Chalusnhak

Professor(a) Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela capacidade de fazer.

À Minha Família, por compreender minhas ausências.

Aos professores, pela construção do conhecimento.

A professora e orientadora Ana Luiza Chalushnak pela competência e atenção dada no decorrer do trabalho.

Aos amigos e colegas por todo o apoio e generosidade para a efetivação deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo conceitualizar os crimes expressos na lei de licitações nº 8.666/93, os quais trazem um prejuízo enorme aos cofres públicos, relacionar a violação dos princípios das licitações e da Administração Pública e observar quais as características e deveres dos servidores públicos, este que, para a eficácia da administração se torna fundamental. A importância do controle fiscalizatório, tanto de órgãos Administrativos, como o Tribunal de Contas e sua autonomia em relação aos poderes, quanto o controle social exercido pelos cidadãos, quando lhes é assegurada a publicidade e transparência, no caso das licitações, impugnar-se editais que possuam irregularidades, tendo esse direito estabelecido no art.41 da referida lei. A versatilidade dos pregões eletrônicos trazendo a Administração Pública processos mais céleres de licitações, mas em contrapartida acontecendo o aumento de fraudes nesta modalidade. A utilização do acordo de leniência como um mecanismo de cooperação entre os infratores confessos e os entes estatais, para se obter informações e negociações tornando o caso menos prejudicial para ambos. Como resultado destes crimes pode-se perceber o porque a população se encontra insatisfeita com os gastos públicos, decorrentes de superfaturamentos e má qualidade de obras públicas, além disso, o desrespeito ao princípio da igualdade garantindo a concorrência injusta.

Palavras-chave: Crimes nas licitações. Prevenção e medidas contra os crimes nas licitações. Causadores dos crimes nas licitações.

ABSTRACT

The objective of this study is to conceptualize the crimes expressed in Law No. 8.666 / 93, which bring enormous damage to the public coffers, to relate the violation of the principles of public procurement and Public Administration and to observe the characteristics and duties of public servants, which, for the effectiveness of administration becomes fundamental. The importance of the control of auditing, both of administrative bodies, and the Court of Auditors and its autonomy in relation to powers, and the social control exercised by citizens, when they are assured the publicity and transparency, in the case of bids, be challenged notices that have irregularities, having this right established in article 41 of said law. The versatility of the electronic trading sessions bringing the Public Administration faster bidding processes, but in return the increase in frauds in this modality. The use of the leniency agreement as a mechanism of cooperation between confessed offenders and state entities, to obtain information and negotiations making the case less harmful for both. As a result of these crimes one can see why the population is unsatisfied with public cathedrals, resulting from overfilling and poor-quality public works, in addition, disrespect to the principle of equality ensuring unfair competition.

Keywords: Crimes in bids. Prevention and actions against crimes in the bids. Cause of the crimes in the bids.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2. CRIMES À LICITAÇÕES	9
2.1. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NAS LICITAÇÕES.....	10
2.2. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 8.429 /92.....	14
2.3. A RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS	19
2.4 A ATUAÇÃO CORRUPTA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	20
3. CRIMES TIPIFICADOS PELA LEI 8.666/93	22
3.1 DISPENSAR OU INEXIGIR LICITAÇÃO SEM FUNDAMENTAÇÃO.....	24
3.2 FRUSTAÇÃO OU FRAUDE NOS PROCEDIMENTO LICITATÓRIOS	27
3.3 PATROCÍNIO	30
3.4 VANTAGEM INDEVIDA	33
3.5 IMPEDIMENTO, PERTURBAÇÃO OU FRAUDE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	36
3.6 INDAGAÇÃO DO SIGILO.....	38
3.7 AFASTAMENTO DE LICITANTE POR MEIO DA VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA.....	41
3.8 FRAUDE EM PREJÚZO DA FAZENDA PÚBLICA.....	43
3.9 PROFISSIONAL INIDÔNEO.....	45
3.10 DIFICULTAR INSCRIÇÃO DE LICITANTES	47
4. MEDIDAS E INSTRUMENTOS PARA PREVENÇÃO DOS CRIMES	50
4.1 TRIBUNAIS DE CONTAS - CONTROLE ADMINISTRATIVO	52
4.2 CONTROLE SOCIAL.....	57
4.3 TRANSPARÊNCIA	61
4.4 MULTAS.....	63
4.5 O ACORDO DE LENIÊNCIA	65
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar uma análise sobre os crimes previstos na lei nº 8.666/93, consumados nos procedimentos licitatórios, assim como analisar os princípios violados e os instrumentos de controle da Administração Pública para combater estes delitos.

Sendo uma legislação de caráter administrativo a lei nº 8.666/93, a qual regula as licitações e contratações públicas, apresentou em seu texto artigos que estabelecem regras penais. Tal matéria já havia sido tratada de forma especial na legislação penal, em que a maioria das condutas criminosas dos agentes públicos e privados em face da Administração Pública, incluindo aqueles que participam de procedimentos licitatórios e seguidamente das contratações com a Administração Pública, foram caracterizados no Código Penal, em específico no título "Dos Crimes Contra a Administração Pública".

Com o crescente aumento da participação de interessados em licitações passou-se a exigir uma maior correção nas condutas que conduzem estes processos de contratações. A legislação penal que também trata do assunto, já não possuía poder de tutelar de forma satisfatória, os interesses que se buscava resguardar com a realização dos procedimentos licitatórios.

Na lei nº 8.666/93, nomeada por Lei de Licitações e Contratos, na sua Seção III prevê os crimes nas licitações, nos artigos 89 a 98, estas normas possuem caráter penal, especificando os tipos penais que tutelam as licitações e contratações administrativas, possuindo como objetivo a correção moral, jurídica, econômica e financeira do Estado.

Deste modo, na busca de soluções efetivas, a Administração Pública criou vários instrumentos para a prevenção dos atos corruptos que resultam nos crimes em procedimentos licitatórios. Torna-se, então, necessária a análise dos principais meios e métodos de prevenção, para que seja garantido que os gastos da Administração de dinheiro público tenham o melhor custo benefício voltado para a população.

Objetivos específicos do presente trabalho: Demonstrar aonde se inicia e quais as características para consumação dos crimes nos procedimentos licitatórios; Analisar as diferentes modalidades de crimes e fazer uma relação da visão de

diferentes doutrinadores sobre estes; Expor os diferentes instrumentos e formas para combater tais atos de corrupção.

Para concretizar os objetivos supramencionados, o presente trabalho foi desdobrado em capítulos cuja metodologia consiste na pesquisa bibliográfica.

Inicialmente em seu primeiro capítulo, foi proposto apresentar uma visão geral dos princípios das licitações públicas, a improbidade administrativa e a responsabilidade dos agentes públicos, estes fatores sendo violados ou portando a má-fé e intenção de beneficiar terceiros irão acarretar em atos corruptos e crimes previstos na lei nº 8.666/93.

O segundo capítulo aborda de forma específica cada um dos crimes presentes na Seção III da lei nº 8.666/93, do seu art.89 ao 98, buscando fazer um compilado da visão de diferentes doutrinadores, analisando os sujeitos, de qual forma irá se consumir e sua análise com relação ao direito penal, mostrando assim, a importância desta legislação para garantir a tutela do interesse e benefício público.

Finalmente, será posto para apreciação em seu capítulo terceiro, as formas e instrumentos utilizados pela Administração Pública para prevenir e combater estes atos criminosos, a segurança transmitida pela modalidade pregão, o controle exercido pela Administração, a função fiscalizatória do Tribunal de Contas e o acordo de leniência em que permite privilégios para o envolvido que cooperar com o combate e prevenção do crime.

2. CRIMES À LICITAÇÕES

Antes de tratar sobre os crimes é necessária uma conceitualização prévia sobre licitações.

A Constituição Federal¹ serve como base para regular o procedimento da licitação em que há a necessidade de escolha de um produto ou fornecedor que será escolhido por ser considerado, na visão da Administração Pública, o mais vantajoso e interessante para contratação.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Tratando-se das licitações Celso Antônio Bandeira de Mello² define estas como um certame em que as entidades governamentais devem promover e na qual são abertas disputas entre os interessados que irão travar determinadas relações de conteúdo patrimonial e que assim poderá escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Explica que estes procedimentos têm como base a ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessárias ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Conforme explica Hely Lopes Meirelles³ este procedimento administrativo atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos, se tratando do meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compras de materiais e alienação de bens públicos. O procedimento

¹ BRASIL, Constituição da República. Art.37, XXI Disponível em < http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_37_.asp > Acesso em 30 de março de 2018.

² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 492.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contratos administrativos**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.27.

licitatório irá se realizar através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais este será nulo.

Seguindo a mesma linha, Diógenes Gasparini⁴ define a Licitação como sendo o procedimento administrativo vinculado, através do qual a pessoa ou ente a isso juridicamente obrigado seleciona, em razão de critérios previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse.

Destes conceitos pode-se tirar dois objetivos da licitação, o primeiro deles seria a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e o segundo a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, garantindo sempre a observância do princípio constitucional da isonomia.⁵

O processo licitatório deve respeitar a obrigatoriedade que a lei nº 8.666/93 impõe aos licitantes, seguindo os procedimentos e princípios muitos deles baseados no interesse da sociedade que concede a Administração Pública utilizar seu capital.

Os atos criminosos ocorrem com o objetivo de prejudicar, contrariar o que é correto e acabam sendo uma incidência frequente no que tange às licitações. Muitas vezes cometidos por agentes públicos que possuem acesso aos instrumentos e poderes concedidos a sua competência, tendo facilidade para realizar estes delitos, visando vantagem para si ou para outrem.

Ocorrendo estas irregularidades, cabe à Administração Pública contestar tais atitudes, devidamente comprovado a consumação do crime, cada envolvido pode ter de responder administrativamente, civil e penalmente pelos atos praticados.

2.1. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NAS LICITAÇÕES

⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.286

⁵BRASIL. LEI N^o 8.666 DE 21 DE JUNHO DE 1993, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acessado em 30 de março de 2018. "Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos."

Nota-se que ao ocorrer a infração no processo licitatório, os princípios da administração pública são os primeiros a serem afetados, pois tratam-se dos norteadores das licitações e garantidores de seu eficaz funcionamento.

Segundo o autor José Cretella Júnior⁶, os “princípios administrativos são postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública”, por isso, não se pode encontrar qualquer instituto de Direito Administrativo que não seja informado pelos respectivos princípios. Esse avanço é de suma importância uma vez que quando se observam os princípios escolhidos, especialmente o da moralidade, verifica-se o respeito do legislador originário ao clamor social, pois, os atos administrativos dizem respeito à sociedade como um todo.

É possível constatar que alguns princípios como o da legalidade, moralidade, publicidade, já estavam previstos no art. 37 da Constituição Federal, em virtude disso deverão estar sempre presentes em qualquer atividade administrativa, não se limitando apenas à licitação.

Analisando o artigo 3º, caput, é possível perceber que a lei não traz um rol taxativo dos princípios que deverão ser observados no certame licitatório. A expressão que aparece no final do caput deixa evidente que existem outros princípios, “princípios correlatos” que, mesmo não estando presente de forma expressa na lei, devem ser respeitados.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.⁷

Por se tratar de uma lei, assim devendo obrigatoriamente respeitar a Constituição Federal, esta segue o princípio da legalidade. Desta feita, observada a ilegalidade do ato administrativo, ou, mais especificamente, de algum processo licitatório, este deve ser anulado pois os atos se limitam ao que está fixamente expresso em lei. Sobre este posicionamento, Hely Lopes Meirelles⁸ descreve o

⁶ CRETILLA JR., José. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª Ed. Rio Janeiro: Forense, 2006. p. 155.

⁷ LEI N.º 8.666 DE 21 DE JUNHO DE 1993, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acessado em 30 de março de 2018.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.87.

Princípio da legalidade, como princípio da Administração, que tem como definição que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito as imposições da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, podendo assim ser penalizado por prática de ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal.

Ao se referir a legalidade e moralidade administrativa, José Cretella Júnior⁹ conceituou os princípios de uma forma bastante simplista. O autor acentuou que são, “antes de tudo, ponto de partida”. Com isso, ele quis dizer que funcionam como “proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípio, neste sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência”.

Como a Administração Pública, o instituto das Licitações também tem seus princípios norteadores. A lei nº 8.666/93, no artigo 3º¹⁰, dispõe que as Licitações serão processadas e julgadas na conformidade dos seguintes princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

É de suma importância a observância da aplicação dos princípios na forma das licitações, para que estas tenham maior clareza possível. Os princípios foram criados a partir de costumes e valores da sociedade e hoje seguem como fontes do direito e responsáveis pela criação das leis.

Cabe assim, de forma sucinta e objetiva, analisarmos os princípios que norteiam a Administração Pública quando se trata de procedimentos licitatórios, iniciando pelo Princípio da legalidade expresso no artigo 4º da lei nº 8.666/93.¹¹

Conforme Marçal Justen Filho¹², a partir deste princípio, podem alegar tal direito não somente todos que queiram dela participar, mas também a quem seja indevidamente negado acesso, por violação das normas, forma pela qual o direito se expressa, pelos princípios, conjunto de normas e padrões de condutas, que devem presidi-la.

⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Os Cânones do Direito Administrativo**. In: Revista de Informação Legislativa, 1988, n. 97/5, Brasil. Lei nº 8.429/92: Senado Federal, p.5-52.

¹⁰ BRASIL. LEI N º 8.666 DE 21 DE JUNHO DE 1993, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acessado em 30 de março de 2018.

¹¹ LEI N º 8.666 DE 21 DE JUNHO DE 1993, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acessado em 30 de março de 2018.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito administrativo**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Em sequência, fala-se do Princípio da impessoalidade que parte dele há imposição de limites a atos praticados pelo Administrador Público, devendo este atender seus objetivos legais. Nas licitações deverá apontar as propostas mais vantajosas para a Administração, também conhecido como princípio da finalidade administrativa. Conforme escreve Hely Lopes Meirelles¹³ “o princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art.37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.”.

Posteriormente, estando presente o Princípio da Moralidade que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello está pautada em padrões éticos, exigindo por parte do administrador um comportamento honesto e conseqüentemente dentro da lei¹⁴. Assim se discorre sobre a conduta dos licitantes e dos agentes públicos, tem de ser, além de lícita, compatível com a moral, a ética, os bons costumes e as regras da boa administração.

De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro, a moralidade administrativa se desenvolveu ligada à ideia de desvio de poder, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utilizava de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares.¹⁵

Além disso, o princípio da publicidade, que se trata inclusive de um dos principais deveres do processo licitatório, voltado de forma absoluta, a transparência administrativa. Esta garante que qualquer interessado deva ter acesso às licitações públicas e seu controle, mediante divulgação dos atos praticados pelos administradores em todas as fases da licitação. Tal princípio assegura a todos os interessados a possibilidade de fiscalizar a legalidade dos atos.

Prosseguindo, em destaque um princípio específico para a Administração Pública. Trata-se do Princípio da moralidade. Para Marçal Justen Filho¹⁶ este princípio ressalta que o certame deverá ser conduzido em estrita obediência a pautas de moralidade pela probidade administrativa, englobando não só adoção de atos

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª. ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p.36.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª.ed. São Paulo: Malheiros. 2011, p. 541.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª. ed. São Paulo: Atlas. 2010, p.45.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p.210.

defensivos a Administração Pública, mas também as exigências de boa-fé e lealdade aos licitantes. Então se discute como a conduta imoral é também ilícita, a sanção aplicável irá decorrer não da violação da Moral, mas do Direito. Aliás, como aduzem Farias e Rosenvald¹⁷, o Código Civil traz a eticidade como paradigma. Para os autores, “se a ética é a ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada, temos que, no Direito, o ideal para o qual uma sociedade orientará seus fins e ações será justamente na afirmação livre e racional do valor justiça”. Por outro lado, admite-se a Moral como fonte de direitos e deveres, assim, confrontando o princípio da legalidade.

Continuando, tratamos de um princípio específico da licitação, o da vinculação ao instrumento convocatório. Em lição de Fernanda Mariela de Souza Santos¹⁸, esta explica que o instrumento, em regra, é o edital que deve definir tudo que é importante para o certame, não sendo permitido ao Administrador exigir nem mais nem menos do que está previsto nele. Por essa razão, é que a doutrina diz que o edital é lei interna da licitação, ficando a ele estritamente vinculada, conforme previsto no art. 41 da lei nº 8.666/93.¹⁹

Por fim, trata-se do princípio do julgamento objetivo, em que o administrador deverá observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para o julgamento das propostas. Desta forma o julgador não terá possibilidade de utilizar-se dos fatores subjetivos ou de critérios não previstos no ato convocatório, mesmo quando irá trazer qualquer benefício para a Administração.

Em consequência da violação de um destes princípios outro conjuntamente será atingido, afinal são interligados. Com a violação em cadeia, o último atingido será a própria norma positivada, muitas vezes, resultando na invalidação da licitação ou mesmo do seu contrato, seja pela própria Administração Pública ou pelo Judiciário.

Pode-se dizer que a fraude só ocorrerá se houver o desrespeito a um destes.

2.2. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 8.429 /92

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Volume I**. Salvador: Juspodivm, 2013. p.53.

¹⁸ MARINELA DE SOUSA SANTOS, Fernanda. **Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 264.

¹⁹BRASIL. LEI N º 8.666 DE 21 DE JUNHO DE 1993, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acessado em 30 de março de 2018.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. Lei 8.666

Os atos de improbidade administrativa já eram presentes na Constituição Federal de 1988, no art. 37, §4º²⁰, que explicava que estes importarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário. Ainda assim na forma imposta em lei responderá este a ação penal cabível.

Em 1992, promulga-se a lei n.º 8.429, que se refere justamente as sanções que devem ser aplicáveis aos agentes público ligados a casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou funcional e dá outras providências, assim ficando conhecida como Lei de Improbidade Administrativa.²¹

Há interpretações doutrinárias diferentes ao definir o termo improbidade. Conforme Luiz Alberto Ferracini, esta pode ser interpretada como a má qualidade, imoralidade e malícia. Juridicamente, lega-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole e mau caráter.²² Trilhando o mesmo caminho que Ferracini, De Plácio e Silva relata que a improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter e que não atua com decência, por ser amoral.²³

Portanto, busca-se diferenciar moralidade de improbidade, dessa maneira distinguindo as duas noções. Entende-se ser a moralidade o gênero do qual a probidade seria uma espécie.

Tal é o entendimento de Marcelo Figueiredo, que definindo que probidade é espécie do gênero “moralidade administrativa” a que se refere o art. 37 caput e seu § 4º da Constituição Federal. O núcleo da probidade está associado ao princípio maior da moralidade administrativa, verdadeiro norte à administração em todas as suas manifestações.²⁴

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁵, pode-se realizar uma comparação entre moralidade e probidade, explica que como princípios significam praticamente a mesma coisa. Entretanto, ao citar improbidade como ato ilícito, como infração

²⁰ BRASIL, Constituição da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 30 de março de 2018.

²¹ BRASIL. LEI N.º 8.429 DE 2 DE JUNHO DE 1992, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm> Acesso em 30 de março de 2018.

²² FERRACINI, Luiz Alberto. **Improbidade Administrativa**. 3ª Ed São Paulo: Julex. 2001.p.134.

²³ DE PLÁCIO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico**. 3ª Ed São Paulo: Forense.2012. p. 98.

²⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros. 1995. p.143.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas. 2010. p.239.

sancionada pelo ordenamento jurídico, deixam de ser a mesma coisa, pois improbidade irá ter um sentido muito mais amplo e mais preciso do que a imoralidade. Afinal não ficará se tratando só dos atos imorais e desonestos, mas também principalmente atos ilegais.

A partir destas discussões cabe uma distinção entre elas. O ato de imoralidade, segundo as doutrinas, afronta a honestidade, a boa-fé, o respeito à igualdade, as normas de condutas aceitas pelo administrador, o dever de lealdade, a dignidade humana e valores éticos e morais. A improbidade por sua vez significa a má qualidade de uma administração, por violação aos princípios que regem e orientam a administração.

Assim, pode-se dizer que todo ato que versa de forma contrária à moralidade administrativa é configurador de improbidade. Todavia, nem todo ato de improbidade administrativa é caracterizada como violação à moralidade administrativa.

Após análise destas doutrinas e discussões obteve-se alguns conceitos para improbidade administrativa, entendidos em lei, classificando como todo aquele que à custa da Administração Pública e do interesse público, importa em enriquecimento ilícito (art.9º), que causa prejuízo ao erário (art.10º), qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário de forma contrária a lei (art10º-A) e que atenta contra os princípios da Administração Pública (art.11º).

Os crimes ocorridos nos procedimentos licitatórios causados por agentes públicos deixam claro os reais interesses destes, os quais visam beneficiar um determinado particular em uma licitação, que acabará recebendo deste dinheiro ou favores, enriquecendo assim de maneira ilícita. Em razão disso estará impedindo a Administração Pública de efetivamente firmar um contrato que lhe seria mais vantajoso, efetivando assim o rombo aos cofres públicos e ferindo principalmente os princípios Constitucionais e licitatórios, mormente o da moralidade.

Observadas tais considerações, nota-se no Capítulo II²⁶ da lei supramencionada, que esta divide os atos de improbidade em quatro seções:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente (...)

²⁶LEI N ° 8.429 DE 2 DE JUNHO DE 1992, disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm> Acesso em 30 de março de 2018.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente (...)

Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente (...)

A lei de improbidade administrativa não é considerada uma lei criminal. Para Cássio Scarpinella Bueno²⁷, ela elege ilícitos administrativos e cria um tipo administrativo que estaria a meio-caminho entre o tipo penal e o ilícito administrativo. Já outros autores concedem à esta lei um caráter tipicamente administrativo.

Daniel Ferreira²⁸ explica que diversos princípios estudados pelo direito Penal, entre eles o da legalidade, tipicidade, culpabilidade, proporcionalidade, estes devem ser aplicados por ocasião da imposição de qualquer restrição de direitos aos particulares pelo Estado.

No Direito interpreta-se o conceito de ilícito sendo comum aos seus diversos ramos, pertencendo a teoria geral do direito. Em sua essência, ilícitos criminal, civil e administrativo, ontologicamente são uma e mesma coisa.²⁹ Nelson Hungria³⁰ manifesta entendimento equivalente, afirmando que se nada existe de diferença substancial entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se igualmente que haja uma pena administrativa essencialmente distinta da pena criminal. Afirma também que há uma fundamental identidade entre uma e outra, posto que pena, seja de um lado, o mal infligido por lei como consequência de um ilícito e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra o ilícito.

Em sua obra *Comentários a lei de licitações*, Marçal Justen Filho³¹ explica que é sempre problemático produzir análise de questões penais partindo de outros

²⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade administrativa questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros Editores. 2001. p.57.

²⁸ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 61.

²⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. 2ª Ed. ver, atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 19.

³⁰ HUNGRIA, Nelson. **Ilícito administrativo e ilícito penal**. Revista de Direito Administrativo, seleção histórica, 1945-1995. p. 17.

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012. p.178.

campos do direito, mas é sempre necessária esta conjunção de matérias para que haja a reprovação e punição as condutas lesivas.

Em resumo, tornam-se dois polos, o Direito Penal comum em função do ilícito a que visa punir. Enquanto este almeja a prevenção e a repreensão da infração, considerada como conduta violadora dos bens jurídicos em geral (integridade física, vida, patrimônio), a Administração pune, mormente, comportamentos que infringem deveres de obediência ou colaboração dos indivíduos relacionados para com a atividade dos entes públicos na busca do interesse geral.³²

Para José Cretella Júnior³³, conclui-se que ao passo que o Direito Penal, em sentido estrito, tem por objetivo único ou principal a prevenção e a repressão das delinquências consideradas em si mesmas, como violação da ordem jurídica geral, o Direito Penal Administrativo advém com finalidade meramente sancionadora das normas que regulam institutos de Direitos Administrativos ou de atos administrativos, ou tem caráter constitutivo, referindo-se a interesses de polícia ou de Fazenda, regulados, em primeiro plano, por normas administrativas e, em segundo, por normas penais.

Através de um rápido apanhado de conceitos estabelecidos pela área do Direito Penal e as definições que caracterizam crimes de improbidade administrativa na lei nº 8.429, aparece a necessidade de uma lei tratar especificamente de licitações, nela presente todas suas características, tendo uma seção falando exclusivamente sobre crimes e penas aplicáveis em casos de fraudes à processos licitatórios.

Portanto, a improbidade administrativa e os crimes em processos licitatórios podem estar interligados quando há a má-fé e a intenção de obter vantagem ilícita, que pode ocorrer pelo agente público ou pelas duas partes, aquele tem como obrigação prezar pelo capital e interesse público. Ao ocorrer esta fraude em razão da improbidade o resultado será de superfaturamento de obras, concorrência injusta e desvio de verbas públicas.

Ao discutir os crimes presentes neste processo, Marçal Justen Filho³⁴ escreve que muito embora a conjunção de dispositivos de natureza penal e não penal cause

³² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal**. São Paulo: Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos. 2001.

³³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**, 17ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 265.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 214.

alguma dificuldade ao doutrinador, a relevância do material e a gravidade das potenciais lesões aos interesses fundamentais exigiam providências do legislador penal. Sob esses ângulos, justifica-se a existência de uma seção específica, na Lei de licitações, acerca da repressão criminal.

Pode-se concluir que improbidade não é um sinônimo de corrupção, na maioria dos casos é enquadrada por estarem presentes as características do ato corrupto (enriquecimento ilícito) mas é possível tratar-se apenas de uma conduta ilícita, sem a intenção de obtenção de vantagem, passível de culpa.

2.3. A RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS

A Administração Pública impõe aos seus membros a responsabilidade, já que estes terão acesso e poderão se utilizar do instrumento e poderes a ele conferido. Estas responsabilidades serão de matéria civil, penal e administrativa as quais decorrem do exercício do emprego, cargo ou função. Como exposto na Constituição Federal de 1988, “Servidores Públicos” é o termo utilizado para designar aqueles que prestam serviços, com vínculo empregatício à Administração Pública direta, autarquias e fundações públicas.

Em concordância com estas definições, Hely Lopes Meirelles³⁵ explica que os servidores públicos, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, poderão cometer infrações de ordem civil, criminal e administrativa. Em decorrência destas, deverão ser responsabilizados pela Administração e perante a Justiça Comum.

O dano que a falta de responsabilidade causar será analisado, primeiramente se o dano foi a terceiro ou ao Estado. Nesta segunda hipótese a responsabilidade será apurada pela própria administração, que se utilizará do instrumento do processo administrativo, garantindo todas formas de defesa do servidor.

Ao tratar-se de danos a terceiros irá se aplicar o artigo 37 § 6º da Constituição Federal³⁶, nele exposto:

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 30^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.114.

³⁶ BRASIL, Constituição da República. **Art.37** Disponível em < http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_37_.asp > Acesso em 30 de março de 2018.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Com a análise destas doutrinas, pode-se concluir que o agente público está sujeito a uma tripla-responsabilidade, pois tendo ele o papel de manipulador da máquina administrativa, deve ter ainda mais responsabilidade pelo que lhe é atribuído, zelar pelo bom exercício transpassando aos administrados a confiança e estadia deste poder em boas-mãos.

2.4 A ATUAÇÃO CORRUPTA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A corrupção, como já citado, vezes confundida com a mera improbidade administrativa, traz um caráter pertencente a esfera criminal por ser um crime contra a administração pública. Entres os crimes tipificados pelo Código Penal podemos citar o exercício arbitrário, abuso de poder, a falsificação de papéis públicos e a lavagem ou ocultação de bens oriundos da corrupção.

O Conselho Nacional de Justiça³⁷ expõe que os termos da Lei de Improbidade Administrativa, o conceito de “Corrupção” é inserido no entendimento de “atos de improbidade administrativa”, que são caracterizados por causarem danos ao erário, enriquecimento ilícito e violação aos princípios administrativos. Tratando-se do termo “Corrupção” também foi tipificado no Código Penal para designar o mau uso da função pública visando obter uma vantagem. Corrupção passiva ocorre quando um agente público solicita dinheiro ou outra vantagem para fazer algo ou deixar de fazer algo. Já a corrupção ativa se dá quando um cidadão oferece uma vantagem financeira ou de outra natureza a um agente público, visando a um benefício.

³⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Entenda os conceitos de improbidade administrativa, crimes contra a administração pública e corrupção, 2015. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62434-entenda-os-conceitos-de-improbidade-administrativa-crimes-contraaadministracao-publicaecorruptao> > Acesso em 24 de maio de 2018.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE³⁸ descreve corrupção como o abuso de agentes públicos e privados para obtenção de vantagens pessoais, aludindo não apenas ao recebimento de propina, mas incluindo a menção ao nepotismo, à fraude e à captura estatal.

O Código Penal³⁹ possui em seu texto as definições de Corrupção ativa e passiva, nas quais os crimes contra a Administração Pública em sua maioria das vezes se enquadram.

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:
Pena - reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:
Pena - reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Na concepção do jurista brasileiro Calil Simão:

“A corrupção social ou estatal é caracterizada pela incapacidade moral dos cidadãos de assumir compromissos voltados ao bem comum. Vale dizer, os cidadãos mostram-se incapazes de fazer coisas que não lhes tragam uma gratificação pessoal.”⁴⁰

Observa-se então que o conceito de Corrupção irá variar de acordo com as normas aplicáveis ao ato praticado em cada hipótese de incidência. Isso é visto em casos concretos, quando diferentes leis são aplicáveis a um mesmo caso de corrupção, podendo assim existir diferentes sanções e consequências dependendo da teoria adotada.

Em artigo de opinião Emerson Garcia⁴¹ compara a corrupção como uma erva daninha que se prolifera com facilidade, é extremamente resistente às intempéries do ambiente e pode facilmente ser transposta para outros locais, comprometendo o seu

³⁸ OECD. CleanGovBiz Initiative. Disponível em: <<https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>>

³⁹ BRASIL. DECRETO LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940, disponível em< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm > Acessado em 28 de março de 2018.

⁴⁰ SIMÃO, Calil. **Improbidade Administrativa - Teoria e Prática**. Leme: J.H. Mizuno, 2011.

⁴¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7 Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.200.

entorno. Para evitar sua proliferação “é imprescindível a adoção de medidas enérgicas logo após os seus primeiros sopros de vida. Com isso, evita-se que penetre no solo e aprofunde suas raízes. Evita-se, de igual modo, que se agregue, de forma parasitária, a outros organismos do entorno”

Segundo Abdenur⁴² diretor do Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO), a impunidade seria uma causa da corrupção. O principal problema do Brasil, na opinião do especialista, é a falta de punição correta para esse tipo de crime. "No Brasil existe um problema sério de impunidade. Nos Estados Unidos, a média para que uma sentença em casos de corrupção saia é de um ano. Já no Brasil, esse tempo é de dez". Ainda segundo Abdenur⁴³, a quantidade de recursos permitidos pelo sistema judiciário brasileiro contribui para que casos sejam arrastados até sua prescrição, fazendo com que culpados saiam impunes de suas acusações. "Isso cria uma cultura de leniência com as transgressões. O cidadão pode pensar: se o político rouba e não acontece nada, então também vou deixar de pagar meus impostos".

Qualquer amplitude que se possa atribuir ao conceito de corrupção, não minimiza os impactos sociais iníquos que sua prática pode resultar. A elevação dos valores dos contratos realizados por entes estatais, diante da inclusão do “custo propina”, bem como o encaminhamento irracional e indevido dos recursos públicos em prejuízo das reais necessidades sociais, é exemplo que denota que a corrupção prejudica a todos, mas atinge de forma ainda mais brutal a parcela economicamente mais frágil da população, porque os recursos públicos não serão destinados de forma a amparar suas carências.

Levando em conta os quatro temas abordados neste capítulo, pode-se fazer uma reflexão quanto às características e aos fatos causadores dos crimes nas contratações públicas com entes privados através das licitações. A violação dos princípios e a falta de responsabilidade nas atuações dos agentes públicos acrescidas do ato de improbidade administrativa resultará na atuação corrupta, caracterizando os crimes legislados nos art.89 ao 98 da lei nº 8.666/93.

3. CRIMES TIPIFICADOS PELA LEI 8.666/93

⁴² Marina Pinhoni. «5 efeitos danosos da corrupção que você não vê». *Exame*. Abril. Consultado em 19 de maio de 2018.

Após a análise dos princípios e de quem possui o dever de probidade sobre o gasto de dinheiro público, pode-se identificar os crimes presentes na lei que regula os processos licitatórios.

A divulgação e facilidades (pregões eletrônicos) concedidas pelo Estado aos particulares para que participem das licitações, decorridas da criação da lei 8.666/93⁴⁴ e já existente em suas antecessoras, ocorreu um grande aumento na participação de interessados. Como antes dos anos 90 não existia praticamente controle externo de obras públicas, a Administração Pública teve a necessidade de exigir uma maior correção e fiscalização nesses processos de contratação. Assim é possível perceber claramente que a lei 8.666/93 foi criada não só para buscar a eficiência, mas para aumentar o fisco nos contratos com entes privados.

O Código Penal, mesmo apresentando em seu texto legal os crimes de peculato art.312 CP, emprego irregular de verbas ou rendas públicas art.315 CP, concussão art.316 CP, corrupção passiva art.317, sozinho já não estava tendo controle total sobre estes, surgindo então a seção na lei de licitações que iria impor normas que tutelam as licitações, resguardando assim os interesses do coletivo. Enumerando nela tipos penais que visam a correção, moral, financeira e econômica do Estado.

A redação dos artigos 89 a 99 da Lei de Licitação descrevem as condutas passíveis de sanções no procedimento licitatório por parte dos administradores públicos e daqueles que concorram para se beneficiar da ilicitude.

Devemos sempre levar em consideração, segundo entendimento de Diógenes Gasparini⁴⁵ que para a tipificação do crime, se faz necessária a presença do elemento culpa e dolo, elementos que para configuração de um crime são subjetivos, sendo ele praticado dolosamente ou sem conter a intenção de consumir o crime.

O autor Diógenes Gasparini⁴⁶ ainda conclui que nos crimes previstos na Lei de Licitações não se tratam a espécies de crimes culposos, pois não haveria a possibilidade de o agente público agir de maneira negligente, imprudente ou até mesmo agindo com imperícia, com a justificativa de inobservância das regras legais.

⁴⁴ BRASIL. LEI N ° 8.666 DE 21 DE JUNHO DE 1993, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acessado em 30 de março de 2018.

⁴⁵ GASPARINI, Diógenes. **Crimes na Licitação**. 3ª Ed. São Paulo: NDJ, 2004. p.230.

⁴⁶ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.256.

Assim o doutrinador supramencionado afirma que os crimes previstos na Lei de Licitações só abordam espécies de crimes dolosos, acarretando a responsabilização do agente público.

O artigo 82 e 83 da lei nº 8.666/93 discorrem sobre as sanções civis e penais e que mesmo que tentado, os crimes nesta lei descritos, são passíveis de punição, pois independem do resultado fim:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.⁴⁷

Cabe evidenciar que o legislador, ao tipificar estas condutas, buscou a proteção e zelo do patrimônio público, inclusive tendo foco na moralidade dos agentes no exercício de função perante a Administração Pública. Tendo esta preocupação para classificar e tipificar na lei estes crimes, tornou-se mais fácil definir quais os que aparecem com maior frequência e relevância nos processos licitatórios. Deste modo iremos realizar uma análise.

3.1 Dispensar ou Inexigir Licitação sem Fundamentação

Este crime, disposto em lei no art. 89⁴⁸ da Lei de Licitações nº 8.666/93, se refere ao servidor público, ou aquele que incorre para a consumação da ilegalidade a fim de privilegiar-se da conduta de dispensa ou inexigir a licitação sem que haja fundamentação expressa deve responder nas esferas criminais com sanção de 3 a 5 anos de detenção, mais multa. Tratando-se de uma infração grave, há também a necessidade, para que este crime seja consumado, de comprovar o prejuízo ao erário.

Nessa definição existem controvérsias em decisões prolatadas pelo STJ no que se refere a sua consumação:

⁴⁷LEI N ° 8.666 DE 21 DE JUNHO DE 1993, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acessado em 30 de março de 2018.

⁴⁸ Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

[...] não se exige dolo específico de fraudar o erário ou causar efetivo prejuízo à Administração Pública, bastando, para sua configuração, que o agente dispense licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixe de observar as formalidades pertinentes à dispensa.⁴⁹

Nesta decisão, a Ministra relatora entende que o servidor público, ao dispensar ou inexigir licitação sem fundamentação, tem total conhecimento que não está seguindo e respeitando o texto previsto em lei. Se ele causar danos ao erário ou não, a consumação se daria no momento de dispensa ou inexigência, independente do prejuízo e resultado. Desta maneira praticando mesmo a partir de uma conduta dolosa, deverá responder pelo crime descrito no artigo 89 da Lei de Licitações.

Para o autor Vicente Greco Filho⁵⁰, o dolo ainda deve ser comprovado, nas mesmas condições o dolo eventual, "é admissível o dolo eventual se o agente tendo dúvida quanto à ilegalidade, assume o risco de fazer a dispensa ou declarar a inexigibilidade ainda que irregular".

Assim, o servidor público, considerado aquele que trabalha para a administração do estado cuja atividade tem uma função social, se encontra amparado pela lei 8.666/93, quando se trata de dispensa e a inexigibilidade da licitação, tendo em vista que a própria lei trata e regula as hipóteses em que o servidor poderá se utilizar destas.

É necessária a diferenciação entre as duas medidas, Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁵¹ estabelece que a diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação, de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Em fator contrário explica que a inexigibilidade não apresenta a possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração, a licitação é, portanto, inviável.

Para José dos Santos Carvalho Filho, a dispensa de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não o tornar obrigatório. De forma

⁴⁹ **AgRg no Ag 1367169/PR**, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 03/04/2012

⁵⁰ GRECO FILHO, Vicente., **Dos Crimes da Lei de Licitações**. São Paulo: SARAIVA, 1994.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed., São Paulo: ATLAS, 2010.p.180.

diversa ocorre na inexigibilidade, porque aqui não se torna viável a realização do certame.⁵²

A partir das várias discussões existentes relacionadas a ação que causou a irregularidade na dispensa ou inexigibilidade que consumaria o crime, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa fundamentou seu voto citando a doutrina de Hely Lopes Meirelles⁵³ da natureza meramente opinativa dos pareceres lançados nos processos administrativos. Encontrou respaldo em julgamento anterior do STF, MS 24.073⁵⁴, em que o relator foi o Ministro Carlos Velloso. Assim concluiu-se que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas sim, o ato de sua aprovação.

No art.89, há descrito em seu parágrafo único de que o legislador além de imputar a pena ao administrador, agente tipificado na conduta descrita, estendeu a penalidade àquele que concorra com a conduta do servidor público a fim de beneficiar-se da ilegalidade.

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.⁵⁵

De mesma forma autor José Cretella Junior⁵⁶, confirma em seus ensinamentos, que quem, comprovadamente, concorreu com o agente administrativo para a consumação do crime de dispensa ou inexigibilidade de procedimentos licitatórios incorre no mesmo crime e, pois, está sujeito a idêntica sanção.

Quanto à existência de dano e ao tipo subjetivo, o pleno do STF e a Corte Especial do STJ entendem que para se configurar o crime do art. 89 da lei N ° 8.666/93 há a necessidade do dolo específico, a intenção de causar prejuízo ao erário, e o efetivo resultado.

⁵² FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. P.238.

⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes **Direito Administrativo**, 28ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 189.

⁵⁴ MS 24.073 STF Relator Ministro Carlos Velloso. Acesso em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/35154075/trf-3-judicial-i-interior-12-03-2012-pg-698>> 14 de setembro de 2018

⁵⁵ LEI N ° 8.666 DE 21 DE JUNHO DE 1993, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acessado em 30 de março de 2018.

⁵⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 408.

Ainda com relação à existência de dano, Marçal Justen Filho⁵⁷ explica que não se aperfeiçoa este crime sem danos aos cofres públicos, ou seja, o crime consiste não apenas na indevida contratação indireta, mas na produção de um resultado danoso. Ainda discorre sobre a contratação direta que, ainda que indevidamente adotada, gera um contrato vantajoso para a Administração, assim não existirá crime. Não se pune a mera conduta, ainda que reprovável, de deixar de adotar a licitação. Segundo o autor, o que se pune é a instrumentalização da contratação direta para gerar lesão patrimonial à Administração.

Em obra, Marçal⁵⁸ ainda cita o elemento subjetivo deste que não consiste apenas na intenção maliciosa de deixar de praticar a licitação cabível. Pois se esta vontade consciente e livre de praticar a conduta descrita fosse suficiente para concretizar o crime, então teria de se admitir a modalidade culposa. Explica que só ocorre a conduta ilícita quando o agente possui vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao erário, que este atue voltado para obter outro resultado. O afastamento indevido da licitação que caracteriza esta vontade consciente de causar prejuízo aos cofres Públicos.

Resumindo o crime só será punido a título de dolo, não havendo que se admitir a forma culposa, ante ausência de previsão legal.

Em observação aos crimes nesta lei, Maria Adelaide de Campos França⁵⁹ explica que as sanções aos crimes licitatórios se restringem à multa e à detenção, inexistindo previsão de penas alternativas, sequer para os crimes os crimes de menor potencial ofensivo.

3.2 Frustração ou Fraude nos Procedimento Licitatórios

Descritas no artigo 90⁶⁰ da Lei de Licitações, estas modalidades de fraudes exigem a vontade e a consciência da prática do crime a fim de desfrutar-se de

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12^a ed. Editora Dialética. São Paulo. 2008. Pag. 830.

⁵⁸ Id., p.830.

⁵⁹ FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 7ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2013. Pag. 283.

⁶⁰BRASIL. LEI N^o 8.666 DE 21 DE JUNHO DE 1993, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acessado em 30 de março de 2018.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

vantagem para si ou para outrem sobre a concessão do objeto licitatório. Além disso, deve-se observar a ação do servidor público valer-se do seu cargo para efetuar o crime, não respeitando um dos principais fatores da licitação, a competitividade.

Este crime é doloso porque o agente quer produzir o resultado. Destaca José Cretella Júnior⁶¹, em sua obra *Das Licitações públicas*, o pioneirismo do reconhecimento, por uma lei de licitações, de que tipifica crime qualquer ato ou fato que obste, dificulte ou frustre uma licitação.

Muitos autores, entre eles Vicente Greco Filho⁶², explicam que por se tratar de crime de dano, ou seja, há a necessidade de que a manobra do concorrente frustre ou venha a fraudar o caráter competitivo. Desta forma não há necessidade de prejuízo econômico para a Administração, basta que se demonstre o ajuste, a combinação ou outros expedientes que exclua eventual candidato.

Estes crimes são comuns principalmente nas situações em que o agente público facilita o processo licitatório tendo em mente favorecer um dos licitantes. Assim, não só quem facilitou responderá pela ação do dispositivo, mas também, quem se beneficiou da fraude com a finalidade de obter o objeto da licitação.

Segundo Marçal, o sujeito ativo deste crime pode ser tanto o particular que participa da licitação quanto o servidor público que intervier na fase interna ou externa da licitação.

O Supremo Tribunal Federal desta maneira decidiu, por voto do relator Gilmar Mendes, que para que se configure a prática do delito, não é necessário o desempenho de função pública, a ocupação de cargo público, ou o exercício de mandato eletivo. Definiu que qualquer pessoa pode comete-lo, eis que não há vínculo subjetivo com o funcionário público.

Tratando-se deste artigo, dispensa-se dúvidas de que se trata de um crime formal, bastando a conduta dolosa do agente, e este tipo penal possui a intenção de obter vantagem, portanto aqui temo o dolo específico. Em discussão na 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se o entendimento de que o delito previsto no art. 90 da lei 8.666/1993 é formal, cuja consumação dá-se mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, com o intuito de obter vantagem, para si ou para

⁶¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**, 17ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p.229.

⁶² GRECO FILHO, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. São Paulo: Saraiva. 2ª ed. 2007. p.340.

outrem, decorrente da adjudicação do seu objeto, de modo que a consumação do delito independe da homologação do procedimento licitatório.⁶³

O princípio que acaba sendo mais afetado nestas situações expressas na lei é a moralidade administrativa, afetando também a regularidade do procedimento da licitação pública, atingindo diretamente seu caráter competitivo. Tendo assim a função de garantir as condições semelhantes e a igualdade entres os competidores, com intuito de vencer a melhor proposta e mais vantajosa.

Ainda se tratando dos princípios violados neste crime, o autor Vicente Greco Filho explica que os pontos de referência não são a licitação ou seu resultado, mas sim os princípios da igualdade e da competitividade quem devem nortear o certame, indispensáveis a que a Administração possa obter a melhor proposta.⁶⁴

Ao observar o texto legal, nele estão presentes as expressões “ajuste e combinação”. Percebe-se, assim, a necessidade de duas ou mais pessoas para a consumação, sujeitos concorrem para a prática do crime. O doutrinador supramencionado exemplifica esta infração como “o acordo entre empresas que predefinem os valores das ofertas ou mesmo coordenam a forma das propostas para, previamente, estabelecer o vencedor”, conhecido como licitação de cartas marcadas.⁶⁵

De outra maneira, o legislador ao se utilizar da expressão “outro expediente”, se refere exclusivamente ao servidor que se valeu de suas informações para assim, forjar e distorcer as notícias e editais, implementando informações falsas com objetivo de afastar concorrentes.

O legislador utilizando o termo frustrar, presente como a primeira modalidade, está se referindo à conduta que impede a disputa no procedimento licitatório. Este se caracteriza quando o servidor público introduz cláusulas no ato convocatório da licitação, assegurando assim a vitória de um determinado participante da licitação.

A segunda modalidade contida no art.90, fraudar, trata-se da trapaça, pela qual o sujeito impede a eficácia da competição.

⁶³ (STF, HC 116680 / DF, Segunda Turma, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 12-02-2014). Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24911845/habeas-corpus-hc-116680-df-stf/inteiro-teor-113373377?ref=juris-tabs>> Acesso em 14 de setembro de 2018.

⁶⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. São Paulo: Saraiva. 2^a ed. 2007. p.355.

⁶⁵ Ibid.,p.360.

Presente na própria lei, o termo ajuste ou combinação, esta hipótese se concretiza nos casos em que diversos licitantes realizam um acordo para já pré-estabelecer a vitória de um dos participantes. Para Marçal⁶⁶, não é necessário que haja frustração ou fraude de eficácia total da licitação, basta que alguns dos aspectos do certame sejam atingidos.

Segundo o autor Toshio Mukai⁶⁷, nesta segunda modalidade tipificada pela lei, trata-se de um crime doloso, pois exige a vontade consciente de produzir o resultado vedado pela norma penal. Explica a necessidade de demonstração que caráter competitivo do procedimento licitatório foi, em caso determinado, violentado pelo intuito de obter, para o agente ou para outrem vantagem daquele ato.

Este crime aperfeiçoa-se inclusive quando o acordo se destina a retirar da disputa um dos participantes potenciais e inexistir uma definição prévia sobre qual dos concorrentes será o vencedor. Neste crime o ajuste é ignorado pelo terceiro, cuja exclusão se visa obter mediante ajuste, combinação ou outra maneira.

Nesta hipótese a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça definiu que a anulação do certame licitatório, em razão do evidente ajuste prévio entre os licitantes, não afasta a tipicidade da conduta prevista neste artigo, ou seja, a invalidação do certame não exclui a configuração do crime⁶⁸. Neste caso é indispensável a intenção de obter do agente (para si ou para outrem) vantagem.

Maria Adelaide França conclui que, “as sanções penais previstas nesta lei objetivam impedir comportamentos relacionados as licitações e contratos administrativos de alguma forma reprovados”.⁶⁹

3.3 Patrocínio

Descrito no art.91⁷⁰ da Lei de Licitações, apresenta o menor potencial criminal, por tratar-se de advocacia administrativa em relação aos procedimentos da licitação pública.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12^a ed. Editora Dialética. São Paulo. 2008. Pag. 834.

⁶⁷ MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 6^a ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2004. Pg 190.

⁶⁸ RHC n 18.598/RS, 5 T, rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 10.12.2007

⁶⁹ FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 7^a ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2013. pag. 283.

⁷⁰ Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário.

O sujeito ativo a ser enquadrado nesta modalidade é o servidor público pois trata-se de um crime próprio, descrito no artigo 84 da Lei⁷¹, em que caracteriza e define o servidor público. No que se refere ao crime, o disposto é claro ao mencionar a expressão “patrocínio”, ou seja, alguém que vale-se de sua função para obter benefícios em favor do interesse privado, configurará o polo passivo da demanda, por referir-se a um crime próprio restando claro a responsabilidade recair a uma pessoa determinada, qual seja, o servidor público. Este que ao invés de buscar os interesses fundamentais, atua orientado à defender os interesses de particulares. A punição é em relação a incompatibilidade entre conduta do sujeito e os deveres funcionais pertencente a sua posição. Esse tipo equivale, campo da licitação, ao crime do artigo 321⁷² do Código Penal, o qual tipifica a advocacia administrativa.

Com relação ao patrocínio, Maria França⁷³ define que, neste crime o servidor público, patrocina o interesse privado em detrimento do interesse público, que constitui o objetivo da Administração e, por delegação, o seu.

Para Marçal Justen Filho⁷⁴, o patrocínio consiste na defesa, na perseguição, no incentivo ou na criação de condições para a vitória de um certo interesse privado. Explica que nele se envolve a prática de condutas que favorecem um particular relativamente a outros ou, mesmo, quanto à própria Administração. Não sendo necessário que o sujeito defenda de modo formal o interesse de um particular determinado.

O autor Toshio Mukai⁷⁵ explica que para a configuração deste crime são necessárias três condições, primeiramente que fique comprovado que alguém patrocinou direta ou indiretamente interesses privados perante a Administração, em

⁷¹ Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público. § 1º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público. § 2º A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.

⁷³ FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 7ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2013. Pag. 298.

⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12 ed. Editora Dialética. São Paulo. 2008. Pag. 834.

⁷⁵ MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos públicos**, comentários a Lei nº 8.666/93, com as alterações da Lei 9.648/98 e análise das licitações e contratos na E.C. nº 19/98 (reforma administrativa). 5 ed., São Paulo: SARAIVA, 1999.p.243.

seguida a observar se a partir dessa ação tenha-se resultado a abertura de uma licitação ou assinatura de um contrato e por final que a parte legítima tenha ingressado com a ação para invalidar o ato ou contrato e que tal seja julgada improcedente.

Verifica-se, portanto que o objeto assegurado pelo legislador é o bom funcionamento que a Administração Pública deve seguir, onde o administrador deverá ser parcial, desde que em favor do interesse público, nunca ao interesse privado.

Nota-se, portanto, que o crime do artigo 91 irá se tipificar quando a licitação ou contratação vier a ser invalidada pelo Poder Judiciário, em resultado da atuação do servidor. Conforme entende Vicente Greco Filho⁷⁶, a conduta do agente consiste em patrocinar e o resultado é a instauração da licitação ou a celebração do contrato. Explica que aqui estará consumada a infração, mas dependerá a existência do crime de vir a licitação ou contrato a ser invalidado pelo Judiciário, evento futuro e incerto. Greco conclui que se esse fato é elemento do tipo, estará consumada a infração somente quando ele ocorrer, com sentença transitada em julgado. Se for o caso de não existir licitação nem contratação ou se a contratação for anulada pela própria Administração, poderá configurar-se o crime do artigo 321 do Código Penal⁷⁷.

Neste crime, Guilherme de Souza Nucci⁷⁸ entende ser o dolo específico, há uma intenção e finalidade especial do agente, relacionado com a instauração de licitação ou avença de contrato inválido. O sujeito conhecia o vício e pretendia realizar o contrato, não obstante tal ciência. Já de forma diversa Diogenes Gasparini⁷⁹ entende que o elemento subjetivo do tipo é o dolo genérico.

Pelo entendimento de Sandro Luiz Nunes⁸⁰, esta norma, tal como prevista no art. 91, exige algo a mais. Explica que esta exige algo estranho ao dolo do agente, pois somente se configurará o crime se houver a invalidação da licitação ou do contrato pelo Poder Judiciário. Nesse mesmo sentido, a Sexta Turma do Superior

⁷⁶ GRECO FILHO, Vicente,. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. São Paulo: SARAIVA,1994.

⁷⁷ Art. 321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. P. 742

⁷⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.98.

⁸⁰ NUNES, Sandro Luiz. **Advocacia administrativa em licitações. Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2113, 14 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12620>>. Acesso em: 13 de maio de 2018.

Tribunal de Justiça deixa estreme de dúvidas, pois ao julgar um Habeas Corpus⁸¹ relacionado ao crime de Peculato-desvio tentado define que, carece de justa causa a ação penal quando se imputa a prática do crime do art. 91 da Lei 8.666/93, que depende da invalidação da contratação, uma vez coarctada, desde o início, a concretização da licitação.

Nunes⁸² ainda afirma que de todos os crimes tipificados na Lei de Licitações, o art. 91 é o que mais carece de modificação legislativa para ter aplicabilidade prática, pois da forma como está posto, constitui uma norma penal de rara eficácia.

Marçal Justem Filho⁸³ também critica esta redação dada ao artigo, argumentando que grande parte do elenco de tipos contidos na Lei 8.666 /93 não apresenta maior importância prática. Mas discorre que o art. 91 torna-se o dispositivo mais despropositado de todos, pois é virtualmente impossível promover a aplicação da regra, ao concluir que o aperfeiçoamento do crime pressupõe uma pluralidade complexa de elementos.

Em concordância com Marçal, Vicente Greco Filho⁸⁴ exprime que este crime jamais existirá, e qualquer persecução a respeito será manifestamente arbitrária. Cita que a incongruência e o disparate da redação violam o princípio da legalidade e o da responsabilidade penal por culpa, de modo que a eventual aplicação do dispositivo seria inconstitucional.

Com relação aos sujeitos, além, do servidor, o particular também comete o crime, desde que a mando daquele. O administrador que incorrer nessa infração terá pena de detenção mais multa, tendo em vista que a prática desse crime envolve condutas que favoreçam a vitória de um interesse privado determinado.

3.4 Vantagem Indevida

⁸¹ (HC 114.717/MG, 6.^a Turma, Rel. Min. NILSON NAVES, Rel. p/ Acórdão Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 14/06/2010.)

⁸² NUNES, Sandro Luiz. **Advocacia administrativa em licitações. Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2113, 14 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12620>>. Acesso em: 13 de maio de 2018.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2010. p.280.

⁸⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. São Paulo. Saraiva. 2.^a ed. 2007. p.149.

Com fundamentos no art. 92 da lei das Licitações⁸⁵, compreende-se a vantagem indevida como aquela em que o servidor, admitindo, possibilitando ou dando causa, beneficia-se injustamente de qualquer tipo de modificação, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante execução de contrato celebrado com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais.

Na visão de Marçal Justen Filho⁸⁶, a expressão adjudicatária foi indevidamente utilizada, porque a configuração do crime pressupõe, na maioria dos casos, existência de contrato administrativo. Conta que, no entanto, estariam abrangidas as hipóteses de concessão irregular de prazos ou dispensas nos casos disciplinados. Desta maneira o crime ia se configurar antes da formalização do contrato e a irregularidade residiria precisamente na ausência dessa formalização no prazo devido.

Marçal complementa então que, o servidor não será punido a título de culpa, ou seja, apenas será aplicada a pena caso sua conduta concorra para a consumação da ilegalidade, deve-se comprovar o dolo.

Em crítica, André Guilherme Tavares de Freitas⁸⁷ cita que o fato de trazer em seu conteúdo estas duas modalidades delitivas distintas, ou seja, duas incriminações autônomas, que, tecnicamente, deveriam estar previstas em normas penais separadas, porém foram agrupadas na mesma. Estabelece cada uma delas, a primeira identificada pelas condutas “admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem”, e a segunda, a conduta de “pagar fatura com preterição da ordem cronológica de apresentação”.

Em lição de Maria França⁸⁸, esta explica sobre quem irá recair o tipo penal ao afirmar que, este crime, também, é do servidor público, mas o contratado, se obtiver vantagem com as modificações e prorrogações contratuais, incorre na mesma pena. Lembra que o contratado deverá ter conhecimento de que as modificações ou

⁸⁵ Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12 ed. Editora Dialética. São Paulo. 2008. pag. 834.

⁸⁷ FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Crimes na Lei de Licitações**. 3ª ed. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2013. Pg 114 e 115

⁸⁸ FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 7ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2013. Pag. 299.

prorrogações foram feitas sem autorização da lei e não constaram do ato convocatório.

Toshio Mukai⁸⁹ também faz comentários sobre as duas modalidades contidas na lei, explica que na mesma pena incorre o contratado se obtém vantagem indevida ou se se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais. Diz também que a redação da disposição dá a entender que, em ocorrendo o crime do caput, poderia não ocorrer o fornecimento do contratado, o que não deve ocorrer. Ocorrendo o crime do caput, automaticamente do contratado deverá incorrer em pena.

Assim, nota-se que o agente que praticar estas condutas estabelecidas na primeira parte, responderá alternativamente de acordo com a pena prevista, mas, se caso praticar a primeira parte em conjunto com a conduta tipificada na segunda parte, este estará incorrendo duas vezes no mesmo preceito legal, pois o legislador optou por usar a expressão “ou” em ligação entre as duas condutas.

Em suma, como já exposto na citação de Marçal, há casos em que a lei autoriza que o servidor público prorrogue o contrato durante sua execução, desde que devidamente fundamentado por escrito, conforme demonstra, por exemplo, as condições previstas no inciso II do art. 57 da Lei de Licitação.

No que diz respeito à segunda parte, a conduta prevista recai na postura adotada pelo servidor público em obedecer a ordem estipulada para que a Administração cumpra o pagamento da fatura na data de sua exigibilidade constante na apresentação, sendo que a mudança dessa ordem contribui para a tipificação do tipo penal ao agente.

Com base na consumação, este dispositivo aceita tentativa nas suas modalidades de conduta, ou seja, na primeira, por tratar-se de crime formal, não é necessário o resultado (obtenção de vantagem indevida), o crime consuma-se simplesmente por ‘admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem’. Enquanto na segunda modalidade, a consumação se dá com o efetivo pagamento da fatura.

André Guilherme Tavares de Freitas⁹⁰ da exemplos sobre as situações de tentativa, uma delas pode ser visualizada na hipótese em que o servidor público

⁸⁹ MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 6.ed. Editora Saraiva. São Paulo. pag 191.

⁹⁰ FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Crimes na Lei de Licitações**. 3ª ed. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2013. p. 114 e 115.

expede ordem de pagamento, fora da ordem cronológica e sem razão para tal atitude, em favor de determinado contrato, que não consegue receber o respectivo valor por ter sido sua satisfação creditícia impedida administrativamente ou judicialmente.

Desta maneira percebe-se que a prejudicada não é apenas a Administração Pública por esta prática, mas também os que deixaram de receber no tempo certo em razão de privilégio de outrem que veio a receber por baixo dos “panos” antes da sua vez.

Assim, o sujeito ativo desta ilegalidade é o servidor público. Entretanto, o parágrafo único estende a punição ao particular beneficiado pela irregularidade, obviamente desde que tenha concorrido para a consumação da ilegalidade.

3.5 Impedimento, perturbação ou fraude do procedimento licitatório

Este crime, previsto no artigo 93 da Lei de licitações⁹¹ traz um tipo penal mais abrangente, tratando-se da conduta em que o administrador público dificulta os atos licitatórios ao longo do procedimento, não dando importância ao resultado, mas sim a desenvoltura para que impeça, perturbe ou fraude a realização ou prosseguimento da licitação. Os sujeitos ativos podem ser qualquer pessoa, inclusive servidor público, tratando-se então de um crime comum. Enquanto o polo passivo será ocupado pelos entes da Administração Pública envolvidos no certame, e aqueles interessados que foram prejudicados com a frustração do procedimento licitatório.

Marçal⁹² ao comentar o referido artigo da lei define as três ações que tornarão consumado o crime:

Impedir define como obstar, significa a conduta reprovável que não permite a realização de ato do procedimento licitatório.

A perturbação segundo o autor é correspondida pela conduta que, embora não obstaculizando, dificulta a prática de ato da licitação. Não se configura crime se a pessoa exterioriza seu direito de opinião, dando o exemplo do sujeito que discursa em praça pública reprovando os atos da licitação, não realiza assim o tipo perturbar.

⁹¹ Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório.

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12^a ed. Editora Dialética. São Paulo. 2008. p. 837.

Portanto, se diferencia do sujeito que tenta impedir os interessados de acessarem o recinto onde será praticada a licitação.

Por final o termo fraudar, direcionado a realização do ato, quando o sujeito se utiliza de artifícios para evitar o cumprimento do requisito legal ou dos efeitos do ato da licitação, incluindo também instrumentos que se utiliza para ocultar o descumprimento das exigências relacionadas a um ato específico.

O agente pode valer-se de outras condutas tipificadas no Código Penal para obter a finalidade prevista no dispositivo, exemplo, quando o agente se utiliza de outro crime para atingir a finalidade prevista no disposto do art. 93 desta Lei.

Tratando-se deste crime Vicente Greco Filho⁹³ também define cada ação resultante, relatando que a conduta consiste em impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório. Impedir significa impossibilitar, tornar inviável, não permitir, por meio de conduta comissiva ou omissiva. Perturbar significa embaraçar, criar dificuldade, tumultuar. Fraudar é enganar, tornar viciado em virtude de engodo, artifício ou ardil. O objeto da ação é o ato licitatório...

A partir destes conceitos e interpretações, a tipificação foi devidamente concretizada, tendo em vista que o agente seguindo e se utilizando de condutas imorais torna um ato, sendo ele do início da instauração do processo licitatório até o seu julgamento, frustrado.

Cabe ainda ressaltar que se admite a tentativa no presente crime, a partir do momento que o agente teve vontade de agir para finalidade, sendo que por qualquer interferência, este não veio a atingir o fim. O resultado não será o consumidor, pois a vontade livre e consciente de dificultar a realização do certame é suficiente para caracterizar o crime.

Sidney Bittencourt⁹⁴ assevera que em qualquer momento do certame licitatório, incriminando as condutas de impedir (obstruir, obstar), perturbar (atrapalhar, tumultuar) ou fraudar (burlar, trapacear), estas condutas quando cometidas prejudicam o procedimento licitatório, estando configurado o crime.

No que tange à consumação, o crime em tela se dá pelo resultado da não realização de um ato referente ao procedimento licitatório, conforme dispõe André

⁹³ GRECO FILHO, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. São Paulo: SARAIVA, 1994. p.314.

⁹⁴ BITTENCOURT, Sidney. **Licitações Passo a Passo**. 6ª ed. ver., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.248.

Guilherme Tavares de Freitas⁹⁵: “As condutas previstas neste tipo penal estão ligadas diretamente a um resultado naturalístico que é a (não) realização de qualquer ato de procedimento licitatório [...].

O Código Penal traz figuras semelhantes em seu texto do art.335 I ao citar, impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública... Afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem⁹⁶. Este código, que entrou em vigor em 1940, trazia apenas a concorrência pública, pois as demais modalidades foram criadas posteriormente. O autor Toshio Mukai⁹⁷ comenta que a expressão concorrência não pode ser entendida como sinônima de licitação, desta maneira, o crime do artigo 93 se tornou mais abrangente em relação ao que está previsto no art. 335 do Código Penal.

3.6 Indagação do sigilo

Este crime também possui semelhança com o texto do Código Penal, em seu artigo 326⁹⁸ que trata da violação do sigilo de proposta em concorrência, mas novamente trata-se em um sentido mais amplo do crime ao incluir no artigo 94⁹⁹ o ato de devassar sigilo de proposta apresentada no procedimento licitatório.

O sigilo das propostas na licitação é determinado pelo § 3º do artigo 3º da lei¹⁰⁰ e é ele um dos elementos garantidores da competitividade e a igualdade do certame, bastando a devassa (violar, tomar conhecimento indevidamente) ou

⁹⁵ FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Crimes na Lei de Licitações**. 3ª ed. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2013

⁹⁶ DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acessado em 13 de maio de 2018.

⁹⁷ MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 6.ed. Editora Saraiva. São Paulo. Pg 191.

⁹⁸ BRASIL. DECRETO LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acessado em 28 de março de 2018.

⁹⁹ LEI Nº 8.666 DE 21 DE JUNHO DE 1993, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acessado em 13 de maio de 2018.

¹⁰⁰ Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 3o A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

proporcionar devassa a terceiro o ensejo de devassar (possibilitar, permitir podendo evita-lo), da proposta para que se configure o crime.

Bittencourt¹⁰¹ discorre sobre o crime dando uma definição para as ações. Devassar, na sua descrição, diz respeito a violar o envelope onde está contida a proposta comercial, de alguma forma, de modo que seja possível o conhecimento do valor proposto antes da sua abertura, em ato público. Outra maneira, explica que, da mesma forma para tipificar o crime de devassa, seria inteirar-se do valor mediante de qualquer tipo de informação segura.

Ocorrerá este quando tipificada a conduta em que o administrador devassar o sigilo de proposta, ou seja, examinar ou proporcionar e facilite a que outrem faça, o conteúdo do envelope lacrado, apresentado pelo licitante à Administração.

Em lição, Marçal¹⁰² explica que somente existirá este crime quando a proposta já foi entregue à Administração, sob cuja guarda se encontre. Expressa também que não haverá esse crime se for devassado invólucro contendo a documentação para habilitação. Esta reprovação vai se voltar exclusivamente contra a violação do sigilo da proposta. A substituição de uma proposta por outra será tipificada em outros termos.

O autor supramencionado¹⁰³ ainda conclui que apenas haverá crime quando o sigilo for quebrado fora das ocasiões adequadas e previstas no ato convocatório e não haverá crime quando o devassamento do sigilo se referir a licitação anulada ou revogada ou quando for impossível valer-se do conhecimento obtido para fins reprováveis.

Desta maneira, a quebra do sigilo da proposta acarreta prejuízo ao licitante, bem como a administração pública, devendo o agente infrator, à título de dolo ser responsabilizado de acordo com o disposto no artigo supracitado.

O sigilo das propostas apresentadas pelos licitantes, até o momento da análise destas para a verificação de sua viabilidade e/ou execução da contratação é ponto fundamental para que se respeite o princípio da igualdade entre os licitantes. Qualquer divergência a este sigilo será considerada crime, pois atinge diretamente os princípios da isonomia, causando favoritismos entre os licitantes.

¹⁰¹ BITTENCOURT, Sidney. **Licitações Passo a Passo**. 6ª ed. ver., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010

¹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12 ed. Editora Dialética. São Paulo. 2008. Pag. 837.

¹⁰³ JUSTEN FILHO, loc. cit.

Por ora, pode-se dizer que a consumação do crime previsto no art. 94 independe da divulgação, este se dá no momento em que qualquer um toma conhecimento do material da proposta, bem como no momento em que há a facilitação para tal finalidade, prejudicando o procedimento legal da licitação.

Ao interpretar este artigo, André Guilherme Tavares de Freitas¹⁰⁴ discorre que analisando a primeira parte do texto legal “devassar o sigilo” pode-se considerar tratar de um crime comum pois qualquer um poderá fazê-lo. Agora ao analisar sua segunda parte que é configurada por “proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo”, esta inclui-se em crime próprio pois é o servidor público quem está contido no procedimento licitatório dando vantagem a terceiro. Ao incluir o terceiro neste tipo, haverá o concurso de agentes necessários, envolvendo inclusive particulares.

Marçal¹⁰⁵ explica que nas hipóteses de “proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo”, a configuração do crime depende da existência de uma ação ou omissão as quais permitam ao terceiro a quebra do sigilo. Conta que se caso o terceiro se aproveitar de uma oportunidade, sem que o servidor público possua consciência do que está acontecendo, devassa o sigilo. O tipo não irá se configurar a este, podendo caracterizar-se outro crime. (inclusive o do artigo 93)

Outro ponto a ser considerado quanto ao sigilo das propostas é a participação, na mesma licitação, de empresas com sócios em comum. Neste sentido o Tribunal de Contas da União se posicionou no Acórdão n° 3.108/2016 – Primeira Câmara¹⁰⁶, alegando ser irregular a participação de empresas com sócios em comum na modalidade convite, pois, tal situação afasta o caráter competitivo do certame e configura fraude à licitação. A decisão ainda deixa expresso que a participação simultânea de empresas com sócios comuns em licitação, por si só, não caracteriza fraude, mas somente merece ser considerada irregular quando puder afastar do certame outros potenciais participantes. Ocorre esta, por exemplo, quando nota-se tal coincidência nas licitações sob modalidade convite, em que a participação de empresas com sócios em comum afasta qualquer possibilidade de competitividade

¹⁰⁴ FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Crimes na Lei de Licitações**. 3ª ed. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2013, p.122

¹⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12 ed. Editora Dialética. São Paulo. 2008. Pag. 838.

¹⁰⁶ TCU Acórdão 3108/2016 – Primeira Câmara disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3.108%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOI NT%2520desc/false/2/false>> Acessado em 15 de maio de 2018.

efetiva, também comprometendo o sigilo de proposta, em decorrência dificultando a busca pelo proposta mais vantajosa.

Finda-se, portanto que o devassamento descrito no dispositivo recai apenas a violação da proposta, haja vista que o devassamento pode beneficiar outro licitante ao apresentar sua proposta, por exemplo, com o preço mais baixo que a proposta do licitante que teve seu envelope devassado, restando como sujeito passivo este prejudicado, bem como a Administração Pública.

3.7 Afastamento de licitante por meio da violência ou grave ameaça

Descrevendo este crime no artigo 95¹⁰⁷ da Lei de Licitações, o legislador ao utilizar a expressão “afastar ou procura afastar”, já define que o tipo penal desta admite a forma tentada. Assim, mesmo que tal conduta não tenha alcançado sua finalidade, aplica-se ao sujeito o tipo penal exposto no dispositivo.

Por tratar-se de crime comum, qualquer um poderá cometê-lo, observando que o legislador não qualificou o agente infrator como apenas na qualidade de servidor público. Em decorrência, o sujeito passivo será a Administração Pública e o licitante que restou prejudicado pela frustração de tal licitação pela conduta irregular.

Neste caso, o servidor tendo como intuito que seu interesse seja alcançado, tenta de alguma forma distanciar o licitante, seja por grave ameaça, da violência, fraude ou oferecimento de vantagem.

Marçal¹⁰⁸ discorre sobre tal crime, explicando que afastar licitante indica a eliminação da participação no procedimento licitatório. Explica também que os conceitos de violência, grave ameaça ou fraude são os mesmos já conhecidos no Direito Penal, de mesma maneira aplicando-se a regra do concurso material com o crime de violência.

O mesmo autor ainda enfatiza que a vantagem ofertada deve ser material e caracteriza o crime desde que seja oferecida como meio de promover o deslocamento do terceiro da participação da licitação. Afirma ainda, que não haverá crime no caso de promessa de algo surreal ou impossível, utilizando como exemplo

¹⁰⁷ Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.

¹⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12 ed. Editora Dialética. São Paulo. 2008. Pag. 838.

a promessa de Ingresso no Reino Divino se este não participar da licitação. Também, não havendo crime se a não-participação não tiver relação com a vantagem obtida.¹⁰⁹

Para Costa Junior¹¹⁰ ao se referir a violência, esta deverá ser física, ao passo que, a grave ameaça irá recair sobre a esfera moral do indivíduo.

Aos ensinamentos de Vicente Greco Filho¹¹¹, pode-se denominar cada um dos itens presentes neste crime, a violência sendo a física, que vai das vias de fato até o homicídio. A grave ameaça é a promessa de causar mal injusto e grave. A promessa de causar mal justo, exemplifica citando o exemplo 'vou avisar que sua empresa tem títulos protestados, está inadimplente'. A fraude Greco define como o ardid, o artifício, a manipulação de circunstâncias que leva outrem a agir em detrimento de seus interesses e o oferecimento de vantagem é a promessa de algum benefício, de ordem econômica ou não.

O agente ao realizar tais atitudes deve estar agindo com dolo, pois o que caracterizará o crime será a intenção do autor infrator de agir em desconformidade com a Lei. Da mesma maneira, expresso no parágrafo único do artigo, aquele que se afastar da licitação em forma de aceitação da vantagem que lhe foi oferecida, incidirá sobre este a mesma pena daquele que lhe ofereceu vantagem.

A segunda hipótese presente neste artigo, trata do termo oferecimento de vantagem, este consiste na promessa ou na efetiva entrega de algum objeto ou da adoção de alguma conduta, seja de qual natureza for, que se constitua na causa decisiva para que o administrador não tome parte do certame licitatório. Caso em que paga-se um determinado valor ao administrado, em espécie, para que seu afastamento se efetive.

Portanto, a desistência da licitação é válida, desde que seja justificada, por motivo justo, seja aceita pela comissão e antes da abertura da sessão de habilitação, conforme prevê o art. 43, III, e parágrafo 6º da Lei de Licitação.

Greco Filho¹¹² cita em sua obra um caso prático da manobra fraudulenta de afastar concorrentes, nela o edital é publicado com o endereço de entrega das

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12 ed. Editora Dialética. São Paulo. 2008. Pag. 838.

¹¹⁰ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito Penal das Licitações: comentários aos artigos 89 a 99 da Lei nº 8.666 de 21.06.1993**. 2 ed, São Paulo: Saraiva, 2004. Pag. 54.

¹¹¹ GRECO FILHO, Vicente, **Dos Crimes da Lei de Licitações**. São Paulo: SARAIVA, 1994. p. 46 e 47.

¹¹² GRECO FILHO, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. São Paulo. Saraiva. 2 ed. 2007. Pg 110

propostas errado quanto ao número do prédio. Explica que ainda para finalizar o crime, publica-se na véspera da data da apresentação uma forma de retificação, em letra miúdas e perdidas no Diário Oficial, corrigindo o endereço. Já em sua segunda forma o autor cita para tratar de oferecimento de vantagem, uma espécie de corrupção, que é conhecida pela imprensa brasileira como “suborno”.

Toshio Mukai¹¹³ explica que a tipificação penal neste caso é nova, e a pena será acrescida da pena correspondente à violência empregada.

3.8 Fraude em prejuízo da Fazenda Pública

O crime previsto no artigo 96¹¹⁴ é considerado pela doutrina o mais grave dos presentes nesta lei, o que se justifica porque é crime de dano, causando a conduta prejuízo à Fazenda Pública.

Nota-se que o referido crime pode ser praticado de diversas formas, conforme prevê seus incisos, todas elas referem-se a fraude na licitação ou no contrato relativo à aquisição ou venda de bens ou mercadorias, por causa desta razão Hely Lopes¹¹⁵ Meirelles denomina a referida conduta criminosa de “estelionato licitatório”.

O bem jurídico aqui tutelado é o patrimônio público da entidade que irá sofrer com o prejuízo resultante destas condutas. Tendo assim como sujeito ativo o licitante ou o contratado, o qual elevará os preços, venderá mercadoria falsificada etc. No qual aceita-se concurso. E o sujeito passivo é o Estado, na sua pessoa jurídica que sofrerá o prejuízo.¹¹⁶

Greco Filho¹¹⁷ constata que a delimitação da lei à aquisição ou venda de bens deve ser respeitada tendo em vista o princípio da tipicidade, mas acaba não se justificando, pois, o mesmo tipo de conduta e de prejuízo pode ocorrer relativamente a contratos de prestação de serviços e, com maior frequência, em contratos de obras. Cita também, como exemplo, que é muito comum a utilização de material inadequado ou inútil na execução de obras públicas ou a elevação arbitrária de preços.

¹¹³ MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 6.ed. Editora Saraiva. São Paulo. Pg 191

¹¹⁴ Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente.

¹¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contratos administrativos**. P.190

¹¹⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. São Paulo. Saraiva. 2 ed. 2007. Pg 116

¹¹⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. São Paulo. Saraiva. 2 ed. 2007. Pg 116

Ao definir este crime, Marçal¹¹⁸ explica que a fraude se refere de um lado a frustração da disputa de forma legal e justa e de outro lado, a utilização de meio ardiloso que conduz a Administração a um equívoco. Este que consiste em supor que a proposta selecionada é a melhor do mercado, quando, na realidade, não é.

O autor supramencionado¹¹⁹, ao tratar do inciso primeiro, ainda discorre sobre o fator elevação de preços, o qual, não poderá ser considerado crime. Explica que neste ponto o dispositivo passa a ser inconstitucional, por ofender os arts. 5º, inc. XXII garantidor do direito a propriedade, e o 170, inc. IV que discorre sobre o direito à livre concorrência. Afirma em decorrência destes que todo particular tem assegurada a mais ampla liberdade de formular as suas propostas de contratação, este particular que irá examinar seus custos, estimará seus lucros e fixará os riscos que poderá correr. Este terá o direito a formular uma proposta para a Administração Pública diferente da que faria a um terceiro, e se caso a Administração achar abusivo, apenas reprovará tal proposta.

Nota-se que os incisos presentes no dispositivo são autoexplicativos, portanto, é necessário observar que a expressão 'elevar arbitrariamente os preços' significa dizer que o licitante ou contratado eleva sem justa causa o preço da mercadoria. No que se refere a expressão 'vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada' significa dizer que o licitante ou contratado adota a conduta a fim de enganar e ludibriar um terceiro, vendendo mercadoria falsificada ou deteriorada como se esta fosse verdadeira ou perfeita respectivamente, e assim sucessivamente.

Em explicação, Toshio Mukai¹²⁰ explica que o art.96 veio em boa hora, pois, salvo as hipóteses possíveis de serem abrangidas pelo Código do Consumidor (Lei n.8.078, de 11-9-1990), a Administração sempre esteve vulnerável em relação aos maus fornecedores, já que o legislador nunca se preocupou com a hipótese de entregas de serviços, obras e fornecimentos fora das especificações, malfeitas, ou, até mesmo, trocadas as mercadorias.

Este crime somente irá se consumir quando a Administração, após ter selecionado uma proposta, ter efetivado a contratação deste particular.

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12 ed. Editora Dialética. São Paulo. 2008. Pag. 839.

¹¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12 ed. Editora Dialética. São Paulo. 2008. Pag. 839.

¹²⁰ MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 6.ed. Editora Saraiva. São Paulo. Pg 192.

O autor André Tavares de Freitas¹²¹ em concordância discorre que esse prejuízo geralmente é efetivado no momento em que a Administração Pública paga ao fornecedor a fatura relacionada ao bem ou mercadoria fornecida. Conclui que desta maneira irá iniciar-se a execução, por meio de uma das vias fraudulentas previstas nos incisos, este crime não tendo a finalidade que o sujeito ativo desejou, deverá este responder por crime tentado.

Assim conclui-se que nesta modalidade crime apresenta a tentativa como uma das formas de incorrer o agente infrator no tipo penal.

3.9 Profissional inidôneo

Inicialmente, cabe distinguir o profissional idôneo que é aquele que possui condutas munidas de transparência, honestidade, capacitado para exercer cargo e função a ele atribuída. O particular declarado inidôneo tem o dever de abster-se de participar de licitação.

A declaração de inidoneidade para licitar é uma das penalidades que podem ser impostas a empresas ou profissionais, estas estarão impedidas de participar de licitações e contratos com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos da punição ou até que seja promovida sua reabilitação.¹²²

Os motivos para esta declaração de idoneidade podem ser a inexecução total ou parcial do contrato, considerando-se como tal a recusa do adjudicatário em assinar o contrato (art.81), a condenação definitiva em fraude fiscal, a prática de atos ilícitos visando frustrar os objetos da licitação e outros atos ilícitos, tudo relativamente aos contratos regidos pela lei.¹²³

Greco¹²⁴ explica que, uma vez sendo declarada a inidoneidade, fica a empresa ou profissional proibido de licitar ou contratar, e se o Administrador, tendo conhecimento dessa circunstância, deixa de desclassificá-lo, admitindo-o à licitação, ou o contrata com inexigibilidade ou dispensa, incide este na incriminação.

¹²¹ FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Crimes na Lei de Licitações**. 3ª ed. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2013. Pg 142.

¹²² GRECO FILHO, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. São Paulo. Saraiva. 2 ed. 2007. Pg 122.

¹²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. Pg 190

¹²⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. São Paulo. Saraiva. 2 ed. 2007. Pg 122.

No presente crime disposto no art. 97 da Lei de Licitação nº 8.666/93, o servidor público admite ou efetua contratação com empresa ou profissional declarado inidôneo, ou seja, provido de conduta suspeita, sendo que para a tipificação deste crime, não importará o resultado, tendo em vista que a consumação se dá pela mera conduta declarada inidônea. Dessa forma, comprovando-se o dolo da conduta do agente infrator, este irá incorrer na pena descrita no dispositivo.¹²⁵

Marçal¹²⁶ explica que o termo admitir a licitação presente no texto da lei, que tem como significado permitir a participação em procedimento licitatório, deverá haver o ato formal para verificação das condições do licitante, o julgamento da fase de habilitação. Anteriormente a esta etapa, a Administração não tem condições de verificar se o licitante foi declarado inidôneo. O termo celebrar contrato, por sua vez, significa pactuar com a empresa ou o profissional declarado inidôneo.

Caso a licitação venha a ser extinta, mesmo tendo sido admitido o participante inidôneo, por qualquer que seja o motivo, não haverá crime.

O bem jurídico tutelado é a segurança da Administração em efetivar contrato com profissional ou empresa idônea. Deste modo, trata-se de um crime de perigo, não exigindo qualquer dano efetivo.

A lei trata, em seu parágrafo único a hipótese em que o licitante ou contratado declarado inidôneo vier a reabilitar-se, essa configura que esta reabilitação não irá excluir o crime, porque a reabilitação se dá, nos termos do art. 87, IV, da lei, por fato posterior, o ressarcimento, não faz desaparecer a declaração de idoneidade nem de seus efeitos. Este deixa claro que a pena irá atingir o agente público e a empresa ou profissional beneficiado.

Em crítica ao texto do parágrafo único do art.97, Marçal¹²⁷ relata ser inconstitucional tal regra, por ferir os princípios da isonomia e proporcionalidade. Rebate dizendo que é desprovido de cabimento impor sancionamento penal contra o sujeito que, não dispondo de idoneidade, comparece para disputar uma licitação. Em seu argumento cita que se não fosse desproporcional cominar com sanção penal esta conduta, deveria ter de se reconhecer que todos aqueles que, não preenchendo

¹²⁵ DOMINGUES, Fernanda. Crimes na Licitação Pública Disponível em < <https://juridicocerto.com/artigos/fernandadomingues/crimes-na-licitacao-publica-1103> > Acesso em 14 de setembro de 2018

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12 ed. Editora Dialética. São Paulo. 2008. Pag. 840.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12 ed. Editora Dialética. São Paulo. 2008. Pag. 840.

os requisitos de habilitação, pretendessem disputar o contrato incorreriam em idêntica ilicitude.

Ao discorrer sobre este artigo, Toshio¹²⁸ explica que a pena de inidoneidade é a mais grave que um licitante, na via administrativa, pode receber. Ainda relata que o legislador não se preocupou em tipificar como crime, da mesma maneira, a admissão a licitação ou da celebração de contratos com empresas ou profissionais que tenham sofrido a pena de suspensão de licitar ou contratar com a Administração, tendo prazo máximo de 2 anos.

Conclui-se, portanto, que o sujeito ativo presente no *caput* do dispositivo é o servidor público responsável pelo certame licitatório que admite concorrentes à licitação, enquanto o sujeito ativo do parágrafo único é o licitante ou contratante inidôneo.

Desta feita, pode-se verificar que o crime só estará configurado após a declaração de inidoneidade, ou seja, o servidor público irá contratar com pessoa ou empresa já declarada inidônea. Conduta desta maneira exigirá dolo, afinal, o agente público, já terá ou deveria saber da idoneidade do participante.

Pode-se então afirmar que o presente tipo penal admite tentativa por tratar de crime de mera conduta, ou seja, independe da consequência, sendo que a sua consumação se dá no momento em que o agente admite o concorrente na licitação ou que o profissional inidôneo firme contrato com a Administração Pública.

3.10 Dificultar inscrição de licitantes

Descrito no artigo 98 da referida lei, este na sua primeira parte em que discorre sobre as ações de obstar, impedir ou dificultar, se refere a um crime comum, desta maneira, qualquer um poderá incorrer na conduta de tipo penal¹²⁹, na sua segunda parte, com ênfase nas ações de alterar, suspender ou cancelar, recairá exclusivamente sobre o servidor público, o qual se utilizará da sua função para interferir o registro cadastral.

¹²⁸ MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 6.ed. Editora Saraiva. São Paulo. Pg 192.

¹²⁹Em sentido contrário, Rui Stoco considera que o crime é próprio também na primeira modalidade, podendo ser praticado somente pelo funcionário público. Fundamentando da seguinte maneira, que a interpretação a primeira parte do art.89 não pode ser literal. Obstar, impedir e dificultar são ações que só podem ser praticadas por servidor com poderes para tanto, uma vez que o registro oficial interno depende de providências e práticas de atos interna corporis. (Interno. No âmbito do próprio órgão.)

Ao se referir a sujeito passivo, quem ocupa esta posição é a Administração Pública, bem como o interessado que acabou sendo prejudicado. O bem jurídico a ser tutelado por esta lei é o interesse da Administração em que haja o maior número possível de concorrentes em licitações e, de maneira indireta ou deducional, o interesse de obter a melhor proposta no mercado.

Outro fator atingido por este crime será o direito subjetivo do profissional ou empresa que de forma injusta possui o seu direito de livre participação nas licitações públicas, obedecidos os requisitos legais, atacado.

Greco Filho¹³⁰ escreve sobre a importância do registro cadastral, o qual, tem por finalidade substituir a documentação necessária à habilitação, desta maneira, na modalidade de tomada de preços, somente poderão apresentar propostas os previamente cadastrados ou que atenderem a todas exigências do cadastramento com o prazo estabelecido de até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. Em relação a modalidade Convite, o cadastrado que não foi convidado pode participar se demonstrar interesse até 24 horas antes da apresentação de propostas.

Desta maneira o autor conclui que a inscrição no registro cadastral é de interesse Público na medida em que facilita aos cadastros a apresentação de propostas e amplia o universo de possíveis concorrentes, que ficam sendo de conhecimento da Administração.¹³¹

Ao analisar o delito em si, o autor Hely Lopes Meirelles¹³² discorre sobre o texto legal, explicando que ao falar em obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito, deixa evidente que exige o elemento subjetivo do injusto. Concluindo que, assim, o agente deverá ter conhecimento da ilicitude do ato que está praticando. Se caracterizando como crime formal, pois irá ocorrer a consumação com a mera conduta, sem necessidade do resultado.

Marçal¹³³ estabelece uma definição para cada ação citada neste artigo. Obstar traduz, neste caso, como negar. Impedir indica a conduta que torna inviável.

¹³⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. São Paulo. Saraiva. 2 ed. 2007. Pg 128.

¹³¹ GRECO FILHO, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. São Paulo. Saraiva. 2 ed. 2007. Pg 128.

¹³² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª Ed. 2013. Pg 190.

¹³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12 ed. Editora Dialética. São Paulo. 2008. Pag. 841.

Dificultar consiste na colocação de empecilhos. Em sua segunda parte, contém o termo alteração que consiste na modificação do conteúdo do registro. A suspensão é a restrição temporária à produção de efeitos e o cancelamento é a extinção definitiva da inscrição do interessado. Explica também, que apenas se reprovava penalmente a conduta que não seja fundada no cumprimento de requisitos legais.

Neste crime, Maria França¹³⁴ conclui que, é necessário que o servidor público tenha a intenção de prejudicar a Administração ou de obter vantagem para si ou para outrem.

¹³⁴ FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 7ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2013. Pag. 305.

4. MEDIDAS E INSTRUMENTOS PARA PREVENÇÃO DOS CRIMES

Com o aumento da disponibilidade e do acesso para interessados em participar de processos licitatórios, resultado da modalidade pregão (presencial e eletrônico), foi observada a necessidade de aumentar as formas de fiscalização, pois o número de crimes teve um crescimento proporcional.

Segundo Matheus Carvalho¹³⁵, o pregão surgiu para aperfeiçoar o regime de licitações levando a uma maior competitividade e ampliando a oportunidade de participar das licitações, contribuindo para desburocratizar os procedimentos para habilitação e etapas do procedimento, por ser mais célere e visando a busca pelas contratações de preços mais baixos pelos entes da Administração Pública. Desta forma, o pregão, ao mesmo tempo, garante maior agilidade nas contratações públicas e contribui para a redução de gastos.

Seguindo a mesma explicação, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹³⁶ define, lapidarmente, pregão como “o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, garantindo a isonomia, seleciona fornecedor ou prestador de serviço, visando a execução de objeto comum no mercado, permitindo aos licitantes, em sessão pública, reduzir o valor da proposta por meio de lances verbais e sucessivos”.

Este terá como efeito acirrar as disputas pela realização de um contrato com o estado, também conhecido como leilão reverso, nele incluem-se lances verbais, desta forma permitindo sempre o contrato que possua o menor custo, tendo atingido os requisitos mínimos de qualidade. Conclui-se que no pregão o que sempre se busca é a melhor contratação pelo menor preço.

No pregão utiliza-se também a forma eletrônica. Com o avanço das tecnologias, como a internet, tornou-se mais fácil a participação de um maior número de interessados nas licitações, deixando a competição mais ampla e facilitando com que a Administração Pública encontrasse a melhor proposta. Junto com esta ampliação pode-se afirmar que o princípio da isonomia foi ainda mais aplicado, pois

¹³⁵ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**, 2^a Ed. Salvador JusPODIVM. 2015.pg 451

¹³⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby,. **Sistema de Registro de Preços e Pregão**, Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 419.

permitiu uma maior participação popular nas contratações entre entes Públicos e privados.

Em relação as duas formas de pregão, Marçal¹³⁷ explica algumas diferenças presentes, o pregão comum se desenvolve segundo a tradição básica das licitações, no sentido de que os licitantes interessados devem comparecer ou por representante no local e hora designado e, apresentar ao pregoeiro envelopes lacrados com suas propostas e documentos necessários para habilitação. No pregão eletrônico por sua vez, não existe comparecimento físico do interessado, nem há encaminhamento de documentos, tudo será realizado virtualmente. Deverá o licitante estar credenciado perante um órgão público, o qual exigirá sua documentação somente quando a proposta do interessado for a vencedora.

Quanto a reponsabilidade pela realização do pregão, esta será do pregoeiro, não havendo indicação de comissão licitante. O pregoeiro será um servidor efetivo nomeado para esta função e apenas este responderá pela licitação, inclusive será responsabilizado pelos atos praticados pela comissão de apoio que tem como função auxilia-lo neste processo.

Apesar do sistema estar em constantes adaptações, os benefícios trazidos pela tecnologia são inúmeros, entres eles estão, uma economia considerável com relação aos gastos do processo tradicional, pois grande parte destes gastos do Governo são com compras e aquisições, busca-se maior economia e agilidade nas compras realizadas, além disso possibilita uma maior transparência no andar do processo licitatório.

O pregão eletrônico, que visa uma maior transparência, confiabilidade e segurança, este se encontra muito vulnerável. Infelizmente ainda é muito afetado por atos ilegais e fraudulentos, uma vez que são pessoas que elaboram os sistemas, onde elas mesmas podem facilitar uma possível fraude. É necessário que exista uma mudança na mentalidade do funcionalismo público onde a defesa do bem comum prevaleça sobre os benefícios próprios. Talvez esse seja o caminho para uma sociedade mais justa e igualitária.¹³⁸

¹³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei do Pregão**. São Paulo.5 Ed.Ed. Dialética.2009

¹³⁸ Revista Conlicitação. Pregão como arma contra corrupção. Disponível em < <https://portal.conlicitacao.com.br/licitacao/na-midia/pregao-eletronico-como-arma-contra-a-corrupcao/> > Acesso em 12 de setembro de 2018.

São apresentados a seguir algumas das principais falhas e irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas da União¹³⁹, não somente no pregão presencial como também no eletrônico: a dispensa e inexigibilidade de licitação sem justificativa a observância dos pressupostos legais; ausência de publicidade nas etapas da licitação; ausência de exame e aprovação preliminar da assessoria jurídica; divergência entre a descrição do objeto no contrato e constante do edital; execução de serviços não previstos no contrato original; subcontratação não admitida no edital e no contrato e a prorrogação de prazo sem justificativa.

Essa detecção de fraudes, implica no estudo para desenvolvimento de metodologias cada vez mais aperfeiçoadas, de modo a potencializar sua eficácia.

Em relação ao combate às infrações nas compras públicas, não basta a elaboração de normas, são fundamentais o constante aperfeiçoamento dos mecanismos de controle e a efetiva observância das normas aplicáveis, notadamente por meio da introdução em nossas práticas de auditoria dos conceitos de matriz de risco, seletividade e materialidade. (DANIEL & COUTO, p. 58, 2011).¹⁴⁰

Conclui-se então, que por ter tido este aumento significativo nos atos fraudulentos e criminosos nas licitações a Administração Pública necessita utilizar-se de instrumentos que lhe proporcional o controle, que permitam a fiscalização, o gerenciamento e a prevenção de futuros crimes contra o patrimônio público.

4.1 Tribunais de Contas- Controle Administrativo

Inicialmente, deve-se ressaltar que não existe lei específica ou código que regularize o controle da atuação administrativa. Esta matéria possui origem na Constituição Federal e é regulamentada por diversas leis infraconstitucionais que possuem a finalidade de garantir que o Estado não poderá atuar de maneira livre diante do ordenamento jurídico.

¹³⁹Falhas e irregularidades pelo TCU. Disponível em < <https://www.orzil.org/cursos/licitacoes-e-contratos-visao-do-tcu-5/> > Acesso em 14 de junho de 2018.

¹⁴⁰ DANIEL, L. M. COUTO, U. C. A fiscalização dos processos licitatórios na Administração Pública. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Minas Gerais, 2011. Disponível em: . Acesso em: 24/04/2016.

O controle da administração pública é um sistema de controle das atividades Estatais. Hely Lopes Meirelles¹⁴¹ define como a faculdade de vigilância, correção e orientação que um Poder, Órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.

Definindo o conceito de controle administrativo, José dos Santos Carvalho Filho¹⁴² estabelece que podemos denominar de controle da Administração Pública o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas do Poder.

O controle administrativo decorre especialmente do princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual estabelece que o patrimônio público não está disponível, por ser do povo e não da Administração Pública. Em sua obra, Matheus Carvalho¹⁴³ explica que uma vez que Estado atua enquanto gestor da coisa alheia, sem dela poder dispor, deve pautar sua conduta pela transparência, a fim de que o efetivo titular do interesse público possa analisar se o exercício das atividades estatais supre as necessidades da coletividade.

Assim, o decreto lei n.200/1967, em seu art.6º, V, dispõe:

TÍTULO II

DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:

V - Controle.

Este controle terá uma função fundamental para que exista a legitimidade da atuação do poder público, garantindo que as ações dos agentes públicos visarão as necessidades da sociedade, assim garantindo a maior eficácia no cumprimento das atividades públicas.

¹⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

¹⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 23 eds.2012.

¹⁴³ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**, 2ª Ed. Salvador JusPODIVM. 2015.pg 375

Neste mesmo sentido Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁴⁴ estabelece que a finalidade do controle é de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade, em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

Quando se tratando dos atos de corrupção e crimes envolvendo procedimentos licitatórios o controle administrativo possui a importante função de prevenção. Possuindo o poder de vigilância e fiscalizatório, tem como objetivo assegurar o cumprimento da lei e do que foi planejado estando ao alcance dos objetivos propostos. Um importante passo para aprimorar estes poderes foi a criação da lei anticorrupção que tem como alvo constranger atos corruptos e o pagamento ilegal de propinas para agentes públicos, fato este muito comum nos crimes à licitações, tendo em seu art. 5º. IV¹⁴⁵, o texto exclusivo para as licitações e contratos com seu rol de ilícitos:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

IV - no tocante a licitações e contratos:

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

¹⁴⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. São Paulo. Atlas. 21ª ed. 2008

¹⁴⁵ LEI N º 12.846 DE 1 DE AGOSTO DE 2013, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm> Acessado em 9 de agosto de 2018.

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

Cabe-nos dar ênfase ao Tribunal de Contas da União (TCU), o qual exerce o controle externo em âmbito federal, possuindo como função garantir que as verbas públicas sejam utilizadas de forma eficaz, levando em conta o interesse público. Esta instituição está prevista na Constituição Federal para executar a fiscalização financeira, contábil, orçamentária, patrimonial, operacional da União e das entidades da administração indireta e direta, quanto a legalidade, legitimidade, economicidade e a fiscalização da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas. Segundo o site oficial da instituição, a meta do Tribunal de Contas da União brasileiro é “ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável”.¹⁴⁶

Com o advento da Constituição de 1988 o Tribunal de Contas, continuou a ser inserido, de forma orgânica, no Poder Legislativo. Em contrapartida sua característica é de órgão independente que auxilia todos os poderes e ainda, a população. Apoia o Poder Legislativo fornecendo a ele, pareceres, informações e relatórios. Fazendo uma análise sobre esta característica, Odete Medauar¹⁴⁷ explica que criado por iniciativa de Ruy Barbosa, em 1890, o Tribunal de Contas é instituição estatal independente, pois seus integrantes têm as mesmas garantias atribuídas ao Poder Judiciário (Constituição Federal, art. 73, §3º). Daí ser impossível considerá-lo subordinado ou inserido na estrutura do Legislativo. Se a sua função é atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas constitucionais, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes.

Esse inclusive foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em razão de ação direta de inconstitucionalidade, conforme segue:

Não são, entretanto, as cortes de contas órgãos subordinados ou dependentes do Poder Legislativo, tendo em vista que dispõem de autonomia

¹⁴⁶ **Portal Tribunal de Contas da União.** Disponível em < <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/> > Acesso em 14 de setembro de 2018.

¹⁴⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 7. ed. São Paulo:RT, 2003, p. 421.

administrativa e financeira, nos termos do artigo 73, caput, da Constituição Federal, que lhes confere as atribuições previstas no seu artigo 96, relativas ao Poder Judiciário. (Adin nº 1.140-5, Relator Ministro Sidney Sanches)¹⁴⁸

Com a chegada da Constituição de 1988, o controle realizado sobre a gestão pública passou a atuar não só sob o aspecto da legalidade, mas também baseado nos princípios da legitimidade e economicidade, o que proporcionou a instituição de um verdadeiro controle por resultados.

Nesse ponto, faz-se necessário trazer um trecho do Relatório do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello¹⁴⁹ (STF, SS nº 1308-RJ, Relator: Ministro Celso de Mello, DJU de 19/10/1998):

A essencialidade dessa Instituição – surgida nos albores da República com o Decreto nº 966-A, de 7/11/1890, editado pelo Governo Provisório sob a inspiração de Rui Barbosa – foi uma vez mais acentuada com a inclusão, no rol dos princípios constitucionais sensíveis, da indeclinabilidade da prestação de contas da Administração Pública, Direta e Indireta (CF, art. 34, VII, 'd'). A atuação do Tribunal de Contas, por isso mesmo, assume importância fundamental no campo do controle externo. Como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, os Tribunais de Contas tornaram-se instrumentos de inquestionável relevância na defesa dos postulados essenciais que informam a própria organização da Administração Pública e o comportamento de seus agentes, com especial ênfase para os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade. Nesse contexto, o regime de controle externo, institucionalizado pelo ordenamento constitucional, propicia, em função da própria competência fiscalizadora outorgada aos Tribunais de Contas, o exercício, por esses órgãos estatais, de todos os poderes – explícitos ou implícitos – que se revelem inerentes e necessários à plena consecução dos fins que lhes foram cometidos.

Aqui torna-se necessária a observação de algumas atribuições. A primeira delas é a função fiscalizadora que se constitui pela prática de inspetoria e auditorias em órgãos e entes da administração. Estes tribunais emitem pareceres sobre o controle de receitas e despesas da administração pública, relatórios sobre o exercício financeiro e realizam auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Nesta função observa-se a legalidade dos atos, como nos

¹⁴⁸ Adin nº 1.140-5, Relator Ministro Sidney Sanches. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/89124110/stf-06-04-2015-pg-105>> Acesso em 14 de setembro de 2018.

¹⁴⁹ STF - SS: 1308 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 09/10/1998, Data de Publicação: DJ 19/10/1998 PP-00026. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757943/suspensao-de-seguranca-ss-1308-rj-stf>> Acesso em 14 de setembro de 2018.

casos de endividamento público e ainda os editais de licitação, atos de dispensa e inexigibilidade sem regularidade com a lei.

Outra aplicável ao tema é a atribuição sancionadora, a qual, permite com que o tribunal impeça irregularidades e garanta do ressarcimento ao erário. Entre as penalidades normalmente aplicadas estão, a aplicação de multa proporcional ao débito imputado, afastamento do cargo de dirigente que obstrui a auditoria, decretação de indisponibilidade de bens por até um ano, declaração de inidoneidade para contratar com a administração pública por até cinco anos, declaração de inabilitação para o exercício de função de confiança, dentre outras.¹⁵⁰

Os Tribunais de Conta de alguns estados, como no Paraná, possuem atribuições concedidas por lei orgânica que permitem a este órgão suspender ou até mesmo cancelar contratações realizadas por entes Públicos. Como o próprio Tribunal de Contas da União explana, este tem poder de fiscalizar atos que geram despesa, como licitações e contratos, para verificar o uso correto dos recursos. Nesses casos, quando este órgão encontra alguma impropriedade ou irregularidade, determina correção das falhas ou providências para melhorar o desempenho da gestão.

Quando a irregularidade pode gerar dano ou é uma infração à norma legal, o Tribunal de Contas assina prazo para que os responsáveis adotem as medidas necessárias para adequar o ato ou contrato à lei. Se não for atendido, pode o órgão, sustar o ato ou comunicar ao Congresso para que o faça, em caso de contrato administrativo. Em ambos, o Tribunal de Contas determina que o órgão suspenda a execução do ato ou do contrato, mas não suspende diretamente.¹⁵¹

Para concluir, é importante observar que este poder de atribuição de sanções do Tribunal de Contas não lhe impossibilita de atribuir sanções voltadas a outras áreas como cível, eleitoral e criminal. Tendo um papel de grande importância na prevenção e investigação, cabe ressaltar que este órgão é essencial para descobrir atos criminosos que envolvem licitações.

4.2 Controle Social

¹⁵⁰ O Papel dos Tribunais de Contas. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/7487/o-papel-dos-tribunais-de-contas-no-brasil>> Acesso em 14 de setembro de 2018.

¹⁵¹ BRASIL, Constituição da República. Art.71, CF; art.249 a 252, RI. Disponível em < http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_37_.asp > Acesso em 30 de março de 2018.

Entre os controles já definidos na ordem constitucional, judicial e política, surge também um controle específico, destinado a um personagem externo à Administração Pública, o cidadão, que se intitula de Controle Social, pois é desempenhado diretamente pela sociedade. Conforme estabelece a Constituição Federal qualquer cidadão, associação, partido político ou sindicato é parte legítima para, mediante lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades para o Tribunal de Contas da União.

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.¹⁵²

A partir dessa premissa, a legislação social pertinente estabelece como prioridade a descentralização e a participação social por meio dos espaços como Fóruns, Conferências e Conselhos Federal, Estaduais e Municipais. Compete aos Conselhos, a participação da sociedade civil na gestão estatal, espaço democrático com exposição dos interesses gerais da sociedade e controle das contas públicas, como a responsabilidade de participação popular, controle social, deliberação, definições de prioridade diante das políticas públicas e visa a garantia e direitos sociais.

Para executar as suas obrigações e implementar as políticas públicas necessárias ao desenvolvimento da sociedade, o Estado carece de dinheiro, com o que desenvolve uma atividade financeira, que consiste em obter, gerir e aplicar os recursos arrecadados. Uma vez que é o detentor singular do poder de gestão da coisa pública, o cidadão tem o direito de ver seus recursos aplicados de forma correta, sem

¹⁵² BRASIL, Constituição da República. Art.74, CF. Disponível em < http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_37_.asp > Acesso em 30 de março de 2018.

qualquer espécie de irregularidade. Todavia, somente através de um controle social efetivo é possível garantir a adequada gestão de tais recursos.¹⁵³

Com relação ao controle social, Victor Faccioni¹⁵⁴ explica que, o aumento da participação dos cidadãos, exercendo o controle social, acompanhando as ações da gestão pública e avaliando os objetivos, processos e resultados, torna-se essencial para uma atuação administrativa mais célere e eficaz na consecução das demandas da sociedade.

Tratando-se do mecanismo de controle social, a Ouvidoria obtém destaque. Tem como objetivo, essencialmente, garantir a satisfação do interesse público, dando oportunidade ao cidadão de se manifestar sobre as ações das entidades públicas. Segundo Marcos Augusto Perez¹⁵⁵, registra-se que as ouvidorias se configuram como “instrumentos jurídicos” que ensejam aos cidadãos a possibilidade de participarem, diretamente ou através de representantes, dos processos decisórios, das execuções ou controles das tarefas desempenhadas pela Administração Pública.

Outra forma existente de controle social a ser tratada é a ação popular, esta é um meio processual disponível a qualquer cidadão que deseje questionar na forma judicial a validade de atos que considera lesivos ao patrimônio público, infringindo a moralidade administrativa.

Segundo doutrinadores como Hely Lopes Meirelles¹⁵⁶ e Alexandre de Moraes¹⁵⁷, a ação popular visa proteger direitos difusos, coletivos. Por isso, o maior beneficiário de uma ação popular não é a pessoa que a criou, e sim a população em geral.

José Afonso da Silva, por outro lado, entende que a ação popular é “um remédio constitucional” por meio do qual o cidadão se legitima para exercer um poder “de natureza essencialmente política”. Para o autor, a ação popular torna-se, sobretudo, uma manifestação da soberania popular. Desta forma, seria uma “garantia constitucional política”. A ação popular torna-se meio eficaz para o cidadão exercer de maneira incisiva uma fiscalização que naturalmente é feita por seus representantes

¹⁵³ SILVA ROCHA, Jadir. **O controle social da administração pública no Brasil**. Jus. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/36217/o-controle-social-da-administracao-publica-no-brasil> > Acesso em 14 de setembro de 2018.

¹⁵⁴ FACCIONI, Victor. **A sociedade e o controle externo**. Belo Horizonte. Fórum Administrativo - Direito Público, 2006.

¹⁵⁵ PEREZ, Marcos Augusto. **Administração Pública Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

¹⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 121-2.

¹⁵⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 320.

parlamentares. É um meio eficaz de provocar a atividade jurisdicional e anular o ato lesivo ao patrimônio público ou de pessoa jurídica de que o Estado faça parte; à moralidade da Administração Pública; ao meio ambiente; assim como ao meio-ambiente histórico e cultural. Tem, portanto, uma finalidade de correção, o que não significa propriamente preventiva, mas possibilita que se suspenda liminarmente o ato lesivo.¹⁵⁸

Assim sendo, o controle social é fundamental para elevar a eficácia ao amparar as imprecisões no agir administrativo, sustentando a coerência na atividade administrativa, dessa forma, o principal objetivo das ouvidorias é atender as sugestões de aprimoramento, críticas ou reclamações sobre os serviços fornecidos pelos órgãos públicos.

Portanto, só é praticável o exercício do controle social quando é concedida oportunidade de os cidadãos efetuarem a fiscalização, já que para o controle social ser efetivamente executado, deve, obrigatoriamente, ser fornecida oportunidade ou publicidade às informações dos entes públicos. Ou seja, deve existir transparência nas informações, resultando em um trabalho simultâneo do governo e da sociedade: o governo, transmitindo à informação a sociedade; a sociedade buscando essa informação consciente de que tudo é dinheiro do contribuinte.

Assim, muito bem assinala Carlos Ayres Brito¹⁵⁹ quando afirma que são “características proeminentes da participação popular, que introduz na democracia representativa do Brasil um elemento da chamada democracia direta, ou participativa.” Tal assertiva nos conduz a concluir que a democracia no Brasil, com o aumento da participação popular, sofrerá uma alteração de status de representativa para democracia participativa, redimensionando o princípio constitucional da soberania popular à um patamar de maior eficiência nos efeitos da participação na governança pública.

Ao relacionar o controle social com os procedimentos licitatórios podemos destacar o exposto no art.41 da lei 8.666/93¹⁶⁰, que trata justamente, em seu parágrafo primeiro, sobre a oportunidade concedida a qualquer cidadão para que este possa

¹⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 462-463.

¹⁵⁹ **Distinção entre Controle Social do poder e participação popular**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 189, jul./set. 1992, p. 121.

¹⁶⁰ BRASIL. LEI N º 8.666 DE 21 DE JUNHO DE 1993, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acessado em 30 de março de 2018.

impugnar editais de licitações que possuam irregularidades na aplicação desta lei, ao exercer este direito a Administração tem o dever de julgar e responder a impugnação dentro do prazo de 3 dias.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

Esse instrumento pode garantir que o trâmite dos processos licitatórios respeite a lei, seguindo a legalidade as chances de ocorrer um crime dentro desta será reduzido consideravelmente, garantindo o principal dever da Administração Pública, a utilização adequada de verba pública. Assim, a implementação de práticas relacionadas ao conceito de boa administração passa pelo exercício dessa democracia participativa ao reconhecer suas potencialidades na promoção e estímulo à absorção de uma cultura cívica e política, capaz de gerar proximidade a um cenário de controle social eficiente das políticas públicas inseridas num processo de constante desenvolvimento político e sociocultural, que por fim, altere o padrão das práticas de governança pública.

4.3 Transparência

A transparência é o princípio fundamental da ideia de democracia, na Administração Pública brasileira surgiu do Estado Democrático de Direito, este expresso pela Constituição Federal de 1988, tendo como função objetivar e legitimar os atos praticados pela Administração Pública através da redução do distanciamento que a separa dos administrados, se concretiza este raciocínio segundo Wallace Paiva Martins Júnior¹⁶¹ que explica sendo pela publicidade, pela motivação e pela participação popular nas quais os direitos de acesso, de informação, de um devido processo legal articulam-se como formas de atuação.

Podemos afirmar que sem o rompimento da opacidade administrativa, não há como existir a plena democracia. A opacidade gera a corrupção, compromete a

¹⁶¹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P.40

moralidade e a eficiência, das decisões tomadas pela administração, para Martins Júnior¹⁶² o caráter público da gestão administrativa leva em consideração, além da supremacia do público sobre o privado, a visibilidade e as perspectivas informativas e participativas, na medida em que o destinatário final é o público.

A participação popular é outro importante princípio ou instrumento para forçar que se dê transparência aos atos administrativos. Os incisos de I a III do §3º do art. 37, da Constituição Federal, determina que a lei disciplinará a participação do usuário na Administração Pública direta e indireta, para regular o direito de representação quanto à qualidade do serviço e a negligência e o abuso no exercício de função pública, tal como o acesso a registros administrativos e a informações sobre atos do governo.

Em um estado democrático, é direito fundamental do cidadão conhecer o caminho que percorreu o dinheiro dos seus impostos. A clareza na gestão destes recursos é um dever da Administração, principalmente depois da publicação da lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso a Informação). Não pode-se considerar a transparência pública uma novidade no país. A Constituição de 1988, por exemplo, já descrevia o direito de acesso aos dados públicos como um dos direitos fundamentais dos cidadãos. Após esta, foram publicados várias leis, decretos e portarias que tratavam sobre o tema: a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e a lei que iniciou os pregões presencial e eletrônico.

Concluindo, a transparência pública trata do aumento da visibilidade dos gastos realizados pelo governo com qualidade de informação e em espaço temporal. Esses dados se tratam de qualquer informação pública ou sob custódia dos órgãos e entidades da Administração Pública, desde que não possuam sigilo. Além disso, quando a transparência pública é eficaz a sociedade pode monitorar os serviços prestados e identificar quando houver fraudes que impeçam o desenvolvimento do país.

Acredita-se que a transparência é um antídoto contra corrupção, por se tratar de um mecanismo que induz os gestores públicos a agirem de forma responsável e permitir que a sociedade, com informações, colabore com o controle das ações dos administradores, no intuito de checar se os recursos públicos estão sendo usados como deveriam.

¹⁶² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P.25

4.4 Multas

O art.99 contém a norma que disciplina a aplicabilidade da pena de multa, ao analisar o seu parágrafo primeiro¹⁶³, nota-se que o caput estabelece que a pena de multa expressa na lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base equivalerá a uma variação de 2% a 5% do valor do contrato licitado ou celebrado.

Para Marçal, este dispositivo confirma a interpretação de que a punição penal se vincula, na totalidade dos crimes arrolados na Lei 8.666, a uma execução voltada à obtenção de vantagem reprovável.¹⁶⁴

Em resumo, a multa deverá ser arbitrada no momento da sentença, sendo que em obediência aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não poderá ultrapassar 5% do valor contratado e nem inferior a 2%, ou seja, sempre dependerá o valor do contrato licitado ou 'celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação'.

Com relação a fixação de multa, a sentença que fixará esta, sendo calculada em porcentagem variável, sobre a vantagem efetivamente alcançada ou possivelmente auferível. Os limites mínimos e máximos não serão estabelecidos em decorrência da vantagem, mas sim sobre o valor do contrato envolvido no caso concreto.

Cabe também citar que, pela Lei n. 8.666/93, a pena de multa ali cominada adquire regras especiais em relação ao exposto no Código Penal para essa espécie de sanção. Pela referida legislação, a quantia recolhida com o cumprimento dessa modalidade de pena se reverterá aos cofres da Fazenda Pública da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e não ao Fundo Penitenciário Nacional, além de ter, na sua cominação, critérios de valores diferentes (art. 99) (6).

Ainda sobre as diferenças presentes na pena de multa da Lei de Licitações e a estabelecida no Código Penal, muitas novidades se apresentam na referida normatização, no seu artigo 99. Afastando-se do que fora apregoado no Código

¹⁶³ Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente. § 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

¹⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12 ed. Editora Dialética. São Paulo. 2008. Pag. 841.

Penal, o legislador resolveu que a multa penalizadora dos crimes licitatórios terá quantia fixa estabelecida na sentença, e não mais os dias-multa estabelecidos no art. 49 e ss.¹⁶⁵ do Código Penal.

Outra diferença entre os dois textos legais, é que a situação econômica do réu é o parâmetro de cálculo da pena de multa, como apregoa o art. 60 do Código Penal¹⁶⁶. Na Lei 8.666/93, entretanto, o critério de fixação de valores passa a ser a consideração da lesão à vítima.

O montante arrecadado nessas espécies de pena, a de multa, irá se reverter aos cofres da Fazenda Pública da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e não ao Fundo Penitenciário Nacional.

Assim, Luciano Santos Lopes¹⁶⁷ conclui que:

Faz-se necessário perceber, com a presente normatização, que a intenção do Legislador é combater com mais rigor essa forma de criminalidade, assumindo no presente caso cunho econômico e de Lesa-Estado, e que ainda não é perseguida de modo satisfatório pela nossa Legislação Penal. Essas formas de delitos estão proliferando de forma assustadora e são responsáveis por danos imensos em toda uma coletividade. Assim, são sempre bem-vindas normas que venham a combater os crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90), contra os crimes cometidos nas licitações (Lei 8.666/93), etc.

Cabe ressaltar que a multa somente se aplicará se devidamente prevista no edital e no contrato, observados os termos neles contidos, aceitando ser aplicada cumulativamente com as demais sanções descritas no artigo 87 da lei de Licitações.

O efeito da multa, a seu turno, é a cobrança do montante respectivo, que poderá ser compensado com os créditos que o contratado tenha a receber ou descontado da garantia contratual por ele oferecida. Não possuindo grande efeito para reprimir o cometimento de novos crimes.

¹⁶⁵ Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

¹⁶⁶ Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

¹⁶⁷ LOPES, Luciano Santos. Penas na Lei de Licitações: penas alternativas e da pena de multa. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/441>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

4.5 O Acordo de Leniência

Com previsão na lei nº 12.529/11, o acordo de leniência trata-se de um benefício oferecido pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) que pretende como resultado a extinção de punibilidade penal imposta ao agente que participar das investigações e do processo administrativos de delitos contra a ordem econômica, com o intuito de prevenir ou até mesmo reparar o dano de interesse coletivo. Entre estes delitos se encontram os cartéis de empresas, e ainda os crimes de licitações e de corrupção.

Ainda se tratando sobre este instrumento Gesner Oliveira e João Grandino Rodas estabelecem que leniência é “transação entre o Estado e o delator que, em troca de informações que viabilizem a instauração, a celeridade e a melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção em que este incorreria, em virtude de haver também participado da conduta ilegal”¹⁶⁸. Em julgado didático, o Tribunal de Contas também pôde mais bem definir o instituto: “Basicamente, só haverá acordo se, na ótica do Estado, os benefícios (melhor investigação) superarem os custos (menor punição para aquele agente); e, sob a ótica do agente privado, a revelação das informações for preferível ao risco da punição”¹⁶⁹. Assim pode-se dizer que este acordo possui como base um cálculo que faz uma análise se os benefícios dela resultantes removem a pena a ser imposta.

De acordo com a Lei Anticorrupção, para que este acordo ocorra, a empresa deve demonstrar o interesse de fazê-lo, com a obrigação de apontar os demais envolvidos na infração e transmitir informações que serão utilizadas como provas para comprovar o ilícito. Além disso, a empresa deve reparar o dano financeiro ao Erário e se comprometer a implementar ou melhorar mecanismos internos de integridade.¹⁷⁰

Nos procedimentos licitatórios, a Administração Pública poderá celebrar este acordo de leniência com a pessoa jurídica que descumprir, total ou parcialmente, o contrato, tendo como objetivo isentar ou atenuar as sanções administrativas

¹⁶⁸ OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 42-44.

¹⁶⁹ TCU, TC 023.409/2016-9, DJ 15/2/2017. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-mar-10/observatorio-constitucional-acordo-leniencia-historia-construcao> > Acesso em 14 de setembro de 2018.

¹⁷⁰ Controladoria Geral da União, artigo. Disponível em < <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordo-de-leniencia> > Acesso em 14 de setembro de 2018.

elencadas nos arts. 86 a 88 da lei 8.666/1993, sendo exposta no art.17 da lei 12.846/2013:

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.¹⁷¹

A celebração do sobredito acordo dependerá do preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: a) a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito, quando tal circunstância for relevante; b) a pessoa jurídica deve cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; c) a pessoa jurídica deve admitir a sua participação no ilícito; d) cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento; e e) fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa¹⁷².

Segundo o Ministério da transparência e Controladoria Geral da União, quem pactua com este acordo possui os seguintes benefícios, a isenção da obrigatoriedade de publicar a decisão, a isenção da proibição de receber de órgãos ou entidades públicas (inclusive bancos) incentivos, subsídios, empréstimos, subvenções, doações, etc; a redução de até dois terços do valor da multa administrativa e a isenção ou atenuação da proibição de contratar com a Administração Pública (declaração de idoneidade).¹⁷³

Conclui-se então que garantindo a cooperação do setor privado com setor público, o instituto se mostra fundamental para combater a corrupção sendo capaz de trazer aos entes públicos as provas necessárias para um processo acusatório bem-sucedido. Torna-se também necessária a preservação da segurança jurídica destes

¹⁷¹ Planalto Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm > Acesso em 14 de setembro de 2018

¹⁷² BRASIL. ARTS. 30, § 2.º, E 34 DO DECRETO 8.420/2015 Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm >

¹⁷³ Controladoria Geral da União, artigo. Disponível em < <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordo-de-leniencia> > Acesso em 14 de setembro de 2018.

acordos, como elemento necessário para que este instrumento se torne inviolável e decisivo para a busca da efetividade da proteção à moralidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão da monografia, chega-se a considerar, em termos provisórios - pois novas pesquisas se seguirão – que é um dever da Administração Pública garantir que o dinheiro público tenha sua real destinação em favor da população. Cabe-lhe, portanto, assegurar o controle e a aplicação de medidas contra atos criminosos.

A partir do estudo para a realização desse trabalho foi possível constatar que a legislação é vasta ao tratar de Licitação Pública, sendo que as condutas reprováveis são devidamente penalizadas, portanto, os crimes previstos na lei 8.666/93 aceitam apenas a forma dolosa em virtude da intenção do agente em prejudicar os procedimentos licitatórios, os quais, devem ser pautados pela moralidade, probidade, boa-fé e honestidade. De forma contrária, não se admitirá as condutas infratoras com caráter culposo, pois o agente não poderá incorrer no crime por negligência, imperícia, imprudência ou inobservância do texto legal.

Ainda sobre os sujeitos, foi possível notar que estes quando envolvidos em tais crimes não estarão cumprindo com a responsabilidade a eles atribuídas, no caso do servidor público, este estará enquadrado sob ótica da improbidade administrativa, buscando o benefício de um terceiro ou dele mesmo através da sua função e facilidade de acesso ao dinheiro público, agindo de forma corrupta.

Nota-se também que no tema abordado, pode-se verificar a presença de condutas adotadas por terceiros e servidores públicos, os quais desrespeitam os princípios norteadores da licitação pública, resultando o prejuízo do bom funcionamento procedimental que possui dever de se pautar na moralidade em face da Administração Pública.

Dessa forma, ao longo deste trabalho foram explanadas formas de se combater o desenvolvimento de tais crimes, seja por meio da aplicação mais rígida da legislação, por meio dos órgãos de controle, e, seus respectivos funcionários ou até mesmo pela fiscalização e denuncia da população, quando possuem acesso a instrumentos e informações.

Um dos fatos é que os crimes citados no decorrer do texto, ainda se revelam como um grande problema para o país, acarretando em prejuízos financeiros, de tempo e disposição de recursos humanos nos processos licitatórios, portanto, as medidas apresentadas para o seu combate se mostram como um ponto de partida,

para que o Governo possa prosseguir desenvolvendo uma administração com maior eficiência e transparência.

O Tribunal de Contas vem exercendo uma função fundamental para este combate à corrupção, a fiscalização e a auditoria são responsáveis pelo descobrimento de muitos atos criminosos envolvendo as licitações. O Tribunal de Contas continua tomando providências e aderindo a instrumentos para prevenção de novos casos, estabelecendo limite mínimo de tempo para os lances, exigindo sanções administrativas e penais contra os licitantes fraudulentos.

Diante de todo o exposto, é indiscutível a importância do processo licitatório na aquisição de bens ou serviços. A licitação se apresenta como um instrumento fundamental na preservação e concretização do princípio da igualdade de todos perante a lei, fazendo com que, os gestores atuem com equidade e objetividade, proporcionando aos interessados ampla transparência, mas se não houver fiscalização e boa-fé dos gestores, nada disso irá acontecer. Respeitando os princípios norteadores da Administração Pública, haverá o uso do dinheiro público de forma eficiente, findando com isso, o desperdício e a corrupção.

Por fim, torna-se importante ressaltar, que não se deve culpar o sistema pelos crimes e fraudes, mas sim aqueles que participam e agem de má-fé na intenção de receber tais vantagens indevidas, sacrificando uma parcela da sociedade.

REFERÊNCIAS

(**HC 114.717/MG**, 6.^a Turma, Rel. Min. NILSON NAVES, Rel. p/ Acórdão Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 14/06/2010.)

(STF, **HC 116680 / DF**, Segunda Turma, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 12-02-2014). Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24911845/habeas-corpus-hc-116680-df-stf/inteiro-teor-113373377?ref=juris-tabs>> Acesso em 14 de setembro de 2018.

Adin nº 1.140-5, Relator Ministro Sidney Sanches. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/89124110/stf-06-04-2015-pg-105>> Acesso em 14 de setembro de 2018.

AgRg no Ag 1367169/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 03/04/2012

BITTENCOURT, Sidney. **Licitações Passo a Passo**. 6^a ed. ver., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRASIL, **Constituição da República**. Disponível em <http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_37_.asp> Acesso em 30 de março de 2018.

BRASIL. ARTS. 30, § 2.º, E 34 DO DECRETO 8.420/2015 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>

BRASIL. DECRETO LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acessado em 28 de março de 2018.

BRASIL. LEI N º 8.429 DE 2 DE JUNHO DE 1992, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm> Acesso em 30 de março de 2018

BRASIL. LEI N º 8.666 DE 21 DE JUNHO DE 1993, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acessado em 30 de março de 2018.

BUENO, Cássio Scarpinella. PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade administrativa questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros Editores. 2001.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**, 2^a Ed. Salvador JusPODIVM. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Entenda os conceitos de improbidade administrativa, crimes contra a administração pública e corrupção**, 2015. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62434-entenda-os-conceitos-de-improbidade-administrativa-crimes-contraaadministracao-publicaecorrupcao> > Acesso em 24 de maio de 2018.

Controladoria Geral da União, artigo. Disponível em < <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptao/acordo-leniencia/acordo-de-leniencia> > Acesso em 14 de setembro de 2018.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito Penal das Licitações**: comentários aos artigos 89 a 99 da Lei nº 8.666 de 21.06.1993. 2 ed, São Paulo: Saraiva, 2004.
 CRETELLA JR., José. **Curso de Direito Administrativo**. 17^a Ed. Rio Janeiro: Forense, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**, 17^a Ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Os Cânones do Direito Administrativo**. In: Revista de Informação Legislativa, 1988, n. 97/5, Brasil. Lei nº 8.429/92: Senado Federal.

DANIEL, L. M. COUTO, U. C. **A fiscalização dos processos licitatórios na Administração Pública**. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Minas Gerais*, 2011. Disponível em: . Acesso em: 24/04/2016.

DE PLÁCIO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico**. 3^a Ed São Paulo: Forense.2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23^a. ed. São Paulo: Atlas. 2010.

Distinção entre Controle Social do poder e participação popular. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 189, jul./set. 1992.

DOMINGUES, Fernanda. **Crimes na Licitação Pública** Disponível em < <https://juridicocerto.com/artigos/fernandadomingues/crimes-na-licitacao-publica-1103> > Acesso em 14 de setembro de 2018

FACCIONI, Victor. **A sociedade e o controle externo**. Belo Horizonte. Fórum Administrativo - Direito Público, 2006.

Falhas e irregularidades pelo TCU. Disponível em < <https://www.orzil.org/cursos/licitacoes-e-contratos-visao-do-tcu-5/> > Acesso em 14 de junho de 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Volume I**. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby,. **Sistema de Registro de Preços e Pregão**, Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FERRACINI, Luiz Alberto. **Improbidade Administrativa**. 3^a Ed São Paulo: Julex. 2001.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros. 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros. 1995.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 7ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2013.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Crimes na Lei de Licitações**. 3^a ed. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2013.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7 Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GASPARINI, Diógenes. **Crimes na Licitação**. 3^a Ed. São Paulo: NDJ, 2004.

GRECO FILHO, Vicente,. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. São Paulo: SARAIVA, 1994.

HUNGRIA, Nelson. **Ilícito administrativo e ilícito penal**. Revista de Direito Administrativo, seleção histórica, 1945-1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 15^a Ed. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

LEI N^o 12.846 DE 1 DE AGOSTO DE 2013, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm> Acessado em 9 de agosto de 2018.

LOPES, Luciano Santos. **Penas na Lei de Licitações**: penas alternativas e da pena de multa. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/441>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

MARINA PINHONI. «**5 efeitos danosos da corrupção que você não vê**». *Exame*. Abril. Consultado em 19 de maio de 2018.

MARINELA DE SOUSA SANTOS, Fernanda. **Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2006.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7. ed. São Paulo:RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes **Direito Administrativo**, 28ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª. ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contratos administrativos**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 320.

MS 24.073 STF Relator Ministro Carlos Velloso. Acesso em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/35154075/trf-3-judicial-i-interior-12-03-2012-pg-698>> 14 de setembro de 2018

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos públicos**. 6ª ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2004.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal**. São Paulo: Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos. 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2006

NUNES, Sandro Luiz. **Advocacia administrativa em licitações. Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2113, 14 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12620>>. Acesso em: 13 de maio de 2018.

O Papel dos Tribunais de Contas. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/7487/o-papel-dos-tribunais-de-contas-no-brasil>> Acesso em 14 de setembro de 2018.

OECD. CleanGovBiz Initiative. Disponível em: <<https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>>

OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções administrativas**. 2ª Ed. ver, atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREZ, Marcos Augusto. **Administração Pública Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2004

Planalto Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm > Acesso em 14 de setembro de 2018

Portal Tribunal de Contas da União. Disponível em < <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/> > Acesso em 14 de setembro de 2018.

Revista Conlicitação. **Pregão como arma contra corrupção**. Disponível em < <https://portal.conlicitacao.com.br/licitacao/na-midia/pregao-eletronico-como-arma-contr-a-corrupcao/> > Acesso em 12 de setembro de 2018.

RHC n 18.598/RS, 5 T, rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 10.12.2007

SILVA ROCHA, Jadir. **O controle social da administração pública no Brasil**. Jus. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/36217/o-controle-social-da-administracao-publica-no-brasil> > Acesso em 14 de setembro de 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIMÃO, Calil. **Improbidade Administrativa - Teoria e Prática**. Leme: J.H. Mizuno, 2011.

STF - SS: 1308 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 09/10/1998, Data de Publicação: DJ 19/10/1998 PP-00026. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757943/suspensao-de-seguranca-ss-1308-rj-stf> > Acesso em 14 de setembro de 2018.

TCU Acórdão 3108/2016 – Primeira Câmara disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMA%253A3.108%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2/false>> Acessado em 15 de maio de 2018.

TCU, TC 023.409/2016-9, DJ 15/2/2017. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-mar-10/observatorio-constitucional-acordo-leniencia-historia-construcao> > Acesso em 14 de setembro de 2018.