

BRENO CONCEIÇÃO DE MELO

CRIMES NA LICITAÇÃO

CURSO DE DIREITO – Uni EVANGÉLICA

2019

BRENO CONCEIÇÃO DE MELO

CRIMES NA LICITAÇÃO

Projeto de monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho Científico do curso de Direito da Uni Evangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do prof. Me. Alessandro Gonçalves da Paixão.

ANÁPOLIS – 2019

BRENO CONCEIÇÃO DE MELO

CRIMES NA LICITAÇÃO

Anápolis, ____ de _____ de 2019.

Banca Examinadora

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade o estudo da licitação com base nos crimes que ocorrem nesse meio. Em primeiro lugar, o estudo tem foco principal está âmbito da Administração Pública seus conceitos e formas de serviços existentes e especificando como o serviço público é prestado. Utilizando-se do termo licitação, entrar-se-á na questão da sua previsão legal, seus princípios, modalidades e fases. A previsão de condutas criminosas em processos de Licitação, não estão descritos no Código Penal, mas sim, na Lei Federal de Licitações n. 8666/93, nos artigos 89 a 99, em seção especial que trata dos crimes e das penas. Faz parte do cotidiano da sociedade brasileira, acompanhar através de imprensa escândalos envolvendo agentes públicos em desvio de verbas públicas, mas, infelizmente, impera absoluta a impunidade. Em obediência ao primordial objetivo desse trabalho, através de estudo da legislação e da doutrina, verificou-se os tipos penais previstos na lei de licitações.

Palavras-chave: Licitação. Lei Nacional. Direito administrativo. Crimes licitatórios.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	3
1.1 Administração Pública: conceito	3
1.2 Princípios da administração pública	4
1.3 Conceito e classificação do serviço público	9
1.4 Formas e meios de prestações do serviço público	11
CAPÍTULO II – LICITAÇÕES	13
2.1 Conceito	13
2.2 Previsão Legal	14
2.3 Princípios da licitação:	15
2.3.1 Princípio da igualdade	16
2.3.2 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório	17
2.3.3 Princípio do julgamento objetivo	17
2.4 Modalidades da licitação	18
2.4.1 Concorrência	18
2.4.2 Tomada de preço	19
2.4.3 Convite	19
2.4.4 Concurso	19
2.4.5 Leilão	20
2.4.6 Pregão	20
2.5 Fases da licitação	21
CAPÍTULO III - CRIMES NA LICITAÇÃO	24
3.1 Lei Nacional das licitações e Contratos	24
3.2 Conceito e espécies de crime	25
3.3 Crimes previstos na lei das licitações	26
3.3.1 Inexigência	26
3.3.2 Frustrar ou Fraudar Caráter Competitivo	27
3.3.3 Patrocínio de Interesse Privado	28
3.3.4 Modificações e Vantagens Indevidas	29
3.3.5 Rompimento do Sigilo	31

3.3.6 Afastamento do Licitante ou do Administrado	31
3.3.7 Fraude Contra a Fazenda Publica	32
3.3.8 Licitação e contratação com pessoa inidônea	32
3.4 Processo administrativo e judicial nos crimes licitatórios	32
	34
CONCLUSÃO	34
REFERÊNCIA	36

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste no estudo dos crimes na licitação, com ênfase na análise do processo administrativo e das responsabilidades penais aplicáveis, analisaremos qual a relação entre a Licitação e a Corrupção, e se esse processo reflete como a porta de entrada para os desvios monstruosos de dinheiro dos cofres públicos do nosso país.

A opção pelo tema sucedeu por diversos motivos, dentre eles o enfoque se dá as fraudes que ocorrem em todo território nacional e a diversidade como o tema vem sendo abordado em relação a licitações e contratos. A ideia superficial que é repassada para sociedade por meio dos meios de comunicação e a vaga ideia da penalização que é repassada.

O método a ser utilizado na elaboração da monografia será o de compilação ou o bibliográfico, que consiste na exposição do pensamento de vários autores que escreveram sobre o tema escolhido. Foi desenvolvida pesquisa bibliográfica, tendo como apoio e base de contribuições de diversos autores sobre o assunto em questão, por meio de consulta a livros periódicos, podendo destacar Barros (2008); Bittencourt (2014); Di Pietro (2000); França (2013); Moraes (2018); Nascimento (2007) e Tolosa Filho (2012), bem como legislações pátrias como Constituição Federal e a Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993

O presente estudo encontra-se dividido em três capítulos. O primeiro enfatiza a Administração Pública, seu conceito e princípios inerentes estabelecido pela legislação e normatizam esse serviço público. Enfatizou-se ainda o serviço público,

conceito, classificação, bem como formas e meios de prestação do serviço público.

O segundo capítulo, aborda as licitações, ressaltando sua conceituação e previsão legal primeiramente. Após ressaltar-se os princípios inerentes ao processo de licitação e objetos deste ditame. Ressaltou-se ainda as modalidades de licitação como concorrência, tomada de preço, convite, concurso, leilão, pregão, e por fim, finalizando com as fases da licitação.

O terceiro e último capítulo apontou os crimes na licitação, a qual foi necessário utilizar a lei nacional das licitações, bem como a opção atual de contratação na realização de serviços públicos. Após foi falado brevemente sobre conceito e espécies de crimes e finalizando com os crimes previstos pela Lei de Licitação.

CAPÍTULO I - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O presente capítulo terá como enfoque conceituar e analisar a estrutura da Administração Pública, bem como enumerar princípios administrativos que estão dispostos constitucionalmente.

1.1 Administração Pública: conceito

A administração pública pode ser entendida como um sistema comandado pelo Estado que esteja direcionado para a realização de serviços ao povo, buscando sempre a eficiência das necessidades coletivas tendo como base o interesse público. É constituída basicamente de agentes, órgãos, serviços que são custeados pela nação, para Friede (1999), à luz do direito administrativo, são exatamente o de atividade que o Estado desenvolve, por meio de seus órgãos, para a consecução do interesse público.

Conforme a legislação atual, a Administração Pública pode se apresentar de duas formas, direta (centralizada) ou indireta (descentralizada). Na forma direta é constituída pelos órgãos públicos que constituem o governo central (federal estadual ou municipal). Os mesmos não têm identidade jurídica desvinculada do poder central, autonomia administrativa nem patrimônios. É o próprio governo central que subsidiar todos os órgãos da administração direta. (CUNHA, 2015).

Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 117) enfatiza que a “Administração direta é aquela que integra os próprios poderes que compõem as pessoas jurídicas de direito público com capacidade política”. É realizada por órgãos e entidades da administração

como União, Estados, Distrito Federal e Municipal (Estado). Tem como característica fundamental o funcionamento como órgão. Em termos cronológicos, foi a primeira a surgir e durante muito tempo não se tinha conhecimento de outra forma de prestação de atividade administrativa.

Já com relação a forma indireta Celso Ribeiro Bastos (2002) aponta que haverá administração indireta em todos os casos de descentralização. Ocorre, portanto, quando o estado em sua divisão política outorga a terceiros (como por exemplo entidades autárquicas, fundacionais, empresas governamentais e entidades paraestatais) assim como a sociedade de economia mista a realização de serviço público.

Pode-se colocar então que o termo Administração Pública, tanto abrange a atividade de planejar, dirigir, comandar, como atividade subordinada de executar, de uma maneira simples pode se entender que da mesma forma em que cria, deve se executar e fiscalizar, como pode-se observar na obra de DI PIETRO (2000):

Em sentido material ou objetivo, a Administração Pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve sob-regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos. Em sentido subjetivo, como o conjunto de órgãos e pessoas jurídicas aos qual a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado (DI PIETRO, 2000, p. 61).

Diante do exposto acima, entende-se que são duas formas em que mais se utiliza a expressão Administração Pública que é em sentido subjetivo, orgânico ou formal; e também em sentido objetivo, funcional e material. Com isso pode-se ressaltar o art. 37 da Constituição Federal que especifica a Administração pública na forma direta e indireta bem como princípios que devem embasar qualquer serviço público.

1.2 Princípios da administração pública

Os princípios administrativos, bem como todos os princípios ligados a ciência jurídica é de suma importância para o adequado funcionamento do Estado. É através destes princípios que será determinado o limite de atuação dos administradores

públicos no exercício de suas funções.

Ressalta ainda o art. 37 da CF (1988) os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sendo que, esses princípios norteiam e tentam trazer uma segurança para o exercício da administração, de forma a amparar a todos de forma igualitária e sempre buscando equalizar o interesse público com o interesse da nação, impetrando regimentos e sanções para atividades que fogem esses ideais.

Os princípios citados pelo art. 37 da Carta Magna tem sua aplicabilidade tanto no âmbito da administração Pública direta como na indireta de qualquer um dos três Poderes, ou seja, Executivo, Judiciário e Legislativo que constituem nossa sociedade. São estes, os mesmos instituídos no desígnio de conferir maior clareza e eficácia aos atos da administração e, assim, promover o bem comum e saciar as expectativas da sociedade.

Os princípios são compostos de diretrizes, seguimentos que consoam a sua aplicação, auxiliando aqueles que deveram seguir as leis como um todo. Segundo o exímio doutrinador Mello (1992, p.748) “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico andamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.”

A Lei n.º: 9.784, de 29 de janeiro de 1999, é responsável por inserir em seu art. 2º, o princípio da eficiência, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse jurídico, no rol dos princípios norteiam o processo administrativo no âmbito federal.

Acerca do artigo da Lei supracitado, Hely Lopes Meirelles traz o ensinamento que:

Essa mesma norma diz que a Administração Pública deve obedecer aos princípios acima referidos. Pelo que nela se contém, tal norma, muito embora de natureza federal, tem verdadeiro conteúdo de normas gerais da atividade administrativa não só da União, mas também dos Estados e Municípios. (2006, p. 87)

Apesar da existência de leis esparsas, em se tratando de princípios administrativos, a de maior importância está descrita na Constituição Federal, como já citado, há também princípios elencados na Lei n.º: 8.666, de 21 de junho de 1993, que trata das licitações e contratos da Administração Pública, estes princípios serão estudados em tópico próprio. Cabe aqui, fazer a abordagem especificamente dos princípios constitucionais.

Consoante a esse entendimento, a conduta do administrador público não pode ser desregrada, mas deve estar de acordo com princípios da Administração Pública, sem os quais o ato do administrador se passível a anulação ou nulo. Assim sendo o gestor público deve se atentar aos Princípios da Impessoalidade, Legalidade, Publicidade, Moralidade e Eficiência, pois deverá observar os referidos princípios a fim de que seja presumida a legitimidade ou veracidade de sua conduta (BRASIL, 1988).

A administração, em todo o seu tramite, está vinculada umbilicalmente as normas da legislação, e as especificações contidas em seu texto, não podendo assim se distanciar de suas atribuições sob o infortúnio de se exercer atividade inválida passível de punição. A mesma, só devesa exercer sua atividade pautada nas normas jurídicas já estabelecidas.

Ao comentar sobre os mais importantes princípios que conduzem a administração pública, pode se verificar o princípio da legalidade, que é, no entanto, uma projeção administrativa do princípio do Estado de Direito, ou seja, a lei será o que irá governar, e quem está administrando só pode realizar algo se estiver determinado por lei (FAZZIO JUNIOR, 2003).

O princípio da legalidade é tratado como um dos pilares a respeito dos direitos individuais, o mesmo, remonta sua origem para junto do surgimento do Estado de Direito e tem como característica o exercício em conformidade com a Lei (DI PIETRO, 2006).

O princípio da legalidade rege todos os atos da administração pública, caso os administradores não estejam atentos aos preceitos deste princípio estará praticando

ato de característica ilícita, pois, poderá apenas ser praticado tão somente o que se está versado na norma, ou seja, previsto em lei já anteriormente sancionada.

Já o princípio da impessoalidade segundo o Gasparini (2000, p.8), “a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza”. Desta forma, considera-se que os atos da administração pública não devem dar privilégios em particular para nenhuma pessoa ou órgão, sendo impessoais.

O princípio da impessoalidade ou da finalidade possui então objetivo principal não exercer suas atribuições de maneira a causar detrimento ou crescer pessoas determinadas, ou seja, o exercício dos atos da Administração sempre deverá ser consumado objetivando a finalidade pública, buscando a satisfação tão somente do interesse público, excluindo qualquer hipótese de benefício a interesses de terceiros.

A Carta Magna de 1988, no próprio art. 37, em seu § 4º impõe sanções à pessoa que causar lesão à moralidade, referindo-se à improbidade administrativa. Em análise ao princípio da moralidade na Administração Pública o ato administrativo não deverá estar em concordância apenas com as leis jurídicas, mais também com as leis éticas da própria administração. Isso quer dizer que a visão da moralidade não discorrerá apenas sobre o que é justo ou injusto, bem ou mal, o oportuno e inoportuno, mas também entre desonesto e honesto, fator de suma importância quando se tratar de Direito e de Moral (MEIRELLES, 2006).

Conforme o autor Gasparini afirma em sua obra, pode-se verificar que o princípio da moralidade é:

A moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do bom administrador, aquele que, usando de sua competência, determina-se não só pelos preceitos legais vigentes, como também pela moral comum, propugnando pelo que for melhor e mais útil para o interesse público (2000, p. 9).

Sendo assim, o princípio da moralidade como o próprio nome determina, visa a moral, sendo que os atos da Administração pública além de seguir a lei, deve-se atentar principalmente a moral.

Tem-se ainda o princípio da publicidade que tem por finalidade tornar público os atos administrativos. Fazem com que os administrados tomam conhecimentos dos atos dos administradores. Tal princípio possui ainda, ampla atuação em toda a administração, não só sob a característica de tornar público os atos exercidos, mais também de proporcionar informações sobre a conduta dos agentes.

O princípio da publicidade de acordo com a autora Di Pietro (2000), sempre que ocorrer algum ato da Administração pública, torna obrigatório à ampla divulgação de tais atos, exceto quando necessitar de sigilo determinado por lei. Como demonstrado, o princípio da publicidade é de suma importância para o exercício das atividades administrativas, sendo indispensável sua observação para o bom funcionamento do Estado; é através da publicidade dos atos que a sociedade terá conhecimento dos atos administrativos.

O princípio da eficiência foi inserido na Constituição Federal de 1988, através da Emenda Constitucional n.º: 19/98, com tal inclusão o governo conferiu direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração. A inclusão deste princípio possibilitou a sociedade cobrar eficiência na prestação dos serviços públicos (CARVALHO FILHO, 2006). Este princípio possui como característica ser o mais moderno instrumento das funções administrativas, visando alcançar sempre resultados satisfatórios para os serviços prestados aos administrados.

Diante do princípio da continuidade, retrata que tal principia preserva o serviço público contínuo, ou seja, ininterrupto, que não pode parar, porque toda uma comunidade depende deste. A atividade encetada pelo Poder Público não deve sofrer solução de continuidade, a fim de não prejudicar o interesse maior da sociedade (FAZZIO JUNIOR, 2003).

Ao se tratar do Princípio da indisponibilidade o patrimônio público deve ser preservado e sua gestão obedecer aos ditames da lei. O autor Gasparini (2000) afirma em sua obra que o Estado é detentor de todos os interesses públicos.

Outro princípio que também embasa a Administração Pública é o da supremacia, conforme explicou Di Pietro (2000), que o princípio da supremacia do

interesse público serve de fundamento para todo o direito público e vincula a Administração em todas as suas decisões, os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais, a aplicabilidade desse princípio, por certo, não significa o total desrespeito ao interesse privado, já que a Administração deve obediência ao direito adquirido, à coisa julgada, e ao ato jurídico perfeito.

Já Princípio da autotutela segundo Gasparini (2000), refere-se quando a Administração Pública está obrigada a se policiar, com atitudes em relação a sua legalidade e também ao seu mérito, os atos administrativos que determina e exerce. Onde as autoridades administrativas concentrarão seus esforços no sentido do policiamento dos próprios atos e dos bens públicos.

E, o princípio da igualdade que este elencado no artigo 5º da constituição federal de 1988, que, sem diferenciação de qualquer natureza, todos são iguais conforme a lei. De acordo com autor Gasparini (2000) da mesma forma em que todos são iguais em face da lei igualmente são perante a Administração Pública.

Nota-se assim que a administração pública possui diversos outros princípios não citados nessa pesquisa, porém vale ressaltar que todos são de extrema importância para uma boa administração visando seguir a lei expressa e acima de tudo o bem de um Estado, e o controlando da maneira correta.

1.3 Conceito e classificação do serviço público

O jurista Campos faz uma abordagem sobre a classificação dos serviços públicos, tratando que a mesma pode ser de forma direta ou indireta, assim dispondo.

Os serviços públicos são classificados sob vários aspectos, entre os quais temos:

- a) Diretos - são aqueles em que o próprio Estado assume todos os ônus de seu empreendimento, através de uma de suas repartições administrativas;
- b) Indiretos – são aqueles em que o Estado presta por meio de outras entidades de direito público, ou mesmo de direito privado. São prestados por autarquias, concessionárias etc. (2006, p.08)

A Administração Pública é encarregada de prestar o serviço público, seja de forma direta ou indireta, podendo delegar suas funções. A definição de serviço público

é expressa na Constituição Federal brasileira, na qual incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos.

E para que seja delegada suas funções é preciso observar os preceitos legais, no qual diz que poderá ser transferido a titularidade dos serviços públicos mediante concessão ou permissão sempre através de licitação. Após fazer esse breve e importante delineamento acerca de serviços públicos, passa-se então a estudar a licitação pública.

Ao considerar a finalidade, a importância e os destinatários que iram usufruir dos serviços em todo o território que esta ira influenciar, pode-se diferenciá-los em: serviços públicos e serviços de utilidade pública; próprios e impróprios do Estado; *utis universi e uti singuli* (MEIRELLES, 2006).

O autor Meirelles define o serviços públicos como :

São os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Exemplos desses serviços são os de defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública (1990, p.330).

Conforme relata o autor os serviços públicos são considerados indelegáveis, desta forma são tratados com próprios, que recebem do Estado o atributo da essencialidade, uma vez que são entendidos como indispensáveis à sobrevivência da comunidade, recebendo a antonomásia de serviços pró-comunidade.

Já se tratando de serviços de utilidade pública, a interpretação se torna diferente, o autor Meirelles trata em sua obra que são:

Os que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autoritários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos

usuários. São exemplos dessa modalidade os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone (1990, p.330).

Sendo assim, são considerados delegáveis, ou seja, os que tanto podem ser executados pelo Estado como por particulares, visto não merecerem a qualidade de essenciais, reconhecendo-se apenas a sua conveniência e o bem-estar para os integrantes de uma comunidade são chamados de impróprios.

Ao se tratar de tratar dos serviços *uti universi*, ou seja, gerais que possuem a determinação de atender a coletividade como a iluminação pública, segurança pública, entre outros. Estes serviços tem o intuito de alcançar toda a população sem determinação, sendo indisponíveis e sem poder distinguir sua dimensão na utilização. Diante deste conceito é que se entende o porquê os serviços devem ser mantidos por tributos em geral e não por taxas ou tarifas que devem ser destinados ao uso individual do serviço (FRIEDE, 1999).

Já determinando os serviços de utilização individual, ou seja, *uti singuli*, o autor Friede ensina que:

São aqueles que podem ser mensurados na sua utilização, dada a possibilidade de se determinar seus usuários, sendo certo, nesse aspecto, que, quando implantados, um administrado, que esteja em local de sua prestação e satisfaça as exigências relativas ao seu fornecimento, poderá reclamá-los para si, valendo-se da ação de preceito cominatório previsto no art. 287 do Código de Processo Civil, considerando constituírem atividades geradoras de direito subjetivo à sua obtenção, observável nos serviços de água, telefone e energia elétrica domiciliar (1999, p . 150).

A partir deste entendimento os serviços de utilização individual, que pode ser facultativo, devem ser remunerados por taxas ou tributos e não por impostos.

1.4 Formas e meios de prestações do serviço público

A prestação dos Serviços sendo eles públicos ou de utilidade pública poderá ter, em princípio, a forma centralizada e descentralizada, e, quanto ao meio de execução, poderá ainda ser direta e indireta, conforme explica Meirelles (2006) de que a prestação de serviço público na forma centralizada é aquela em que o próprio Poder Público presta por seus próprios órgãos em seu nome e sob sua exclusiva

responsabilidade, sendo então o Estado titular e prestador de serviço, caracterizando assim administração direta.

Já o descentralizado é aquele distribuído por vários órgãos de uma mesma entidade, ou melhor, aquele serviço transferido titularidade ou, simplesmente, sua execução, por outorga ou delegação, a autarquias, fundações, empresas estatais, empresas privadas ou particulares individualmente e, agora, aos consórcios públicos (MEIRELLES, 2006).

Já se falando em delegação de serviço público é quando através de um ato administrativo de concessão ou permissão, sendo este bilateral e unilateral respectivamente, que poderão ser revogados, modificados ou anulados.

O autor Meirelles demonstra em sua obra que:

A delegação é menos que outorga, porque traz uma presunção de definitividade e aquela de transitoriedade, razão pela qual os serviços outorgados o são, normalmente, por tempo indeterminado e os delegados por prazo certo, para que ao seu término retornem ao delegante. Mas em ambas as hipóteses o serviço continua sendo público ou de utilidade pública, apenas descentralizada, contudo sempre sujeito aos requisitos originários e sob regulamentação e controle do Poder Público que os descentralizou (2006, p. 332).

No entanto, não são todos os serviços que podem ser executados indiretamente. Assim, a Administração Pública para desempenhar suas funções, necessita de modo direto ou indireto para adquirir bens, alienar coisas, conceder e permitir obras e serviços, os quais não podem ser desenvolvidos senão mediante procedimento formal, ou seja, por Licitação, nos limites impostos aos atos administrativos como um todo.

CAPÍTULO II – LICITAÇÕES

A Administração Pública é encarregada de prestar o serviço público, seja de forma direta ou indireta, podendo delegar suas funções. E para que seja delegada suas funções é preciso observar os preceitos legais, no qual diz que poderá ser transferido a titularidade dos serviços públicos mediante concessão ou permissão sempre através de licitação. Após fazer esse breve e importante delineamento acerca de serviços públicos, passa-se então a estudar a licitação pública.

2.1 Conceito

O estudo acerca de licitação pública será feito observando as determinações legais trazidas pela Carta Magna de 1988 e Lei n.º: 8.666/93. As referidas leis são bases da licitação pública. Tratando-se de licitação pública, em princípio é imprescindível citar os dispositivos constantes na redação da Constituição Federal de 1988, que versam de maneira geral sobre as necessidades para a utilização da mesma.

No Brasil, até o ano de 1967, as licitações eram regidas pelo Código da Contabilidade Pública da União e seu regulamento, ambos de 1922. Porém, esses diplomas não eram específicos, isto é, não tratavam tão somente do instituto Licitação. Que atualmente é caracterizada pelo ato de disponibilizar a todos que interessar nas condições pré-determinadas pelo dispositivo convocatório, a possibilidade de apresentarem propostas, para a que mais benéfica e satisfatória seja selecionada para assinatura de contrato (MELLO, 2005)

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2005) possuem o seguinte

entendimento acerca de licitação pública, a qual aduzem que refere a um procedimento indispensável para aqueles que pretendem contratar com a Administração Pública. Sem a observância deste instituto não há possibilidade de se fechar contrato de prestação de serviço público. É correto dizer que a licitação se caracteriza por ser um procedimento de aquisição de contrato com uma entidade jurídica ou física pelo interesse da Administração Pública, que se trata da satisfação das necessidades públicas com a proposta mais vantajosa.

Nota-se assim que a licitação é um dos institutos jurídicos mais relevantes para todos aqueles que se preocupam com a coisa pública. Isso porque instrumentaliza a melhor forma de contratação, pela Administração Pública, identificando interessados em contratar, assim como propostas que lhe sejam mais vantajosas (PESTANA, 2013).

É então um procedimento administrativo preliminar que permite à Administração a seleção de seu futuro contratante dentre todos os concorrentes que acorrerem ao seu chamamento, escolhendo o que melhor convier ao serviço público. Tem que ser celebrado com aquele que melhor atender os interesses públicos, e melhor oferecer e ser selecionado por meio da licitação (FRANÇA, 2013).

A Licitação é, formalmente, um procedimento pré-contratual, preliminar de um negócio público. Consiste em um conjunto de atos administrativos em sequência dirigidos à eleição de contratante que ofereça as condições mais vantajosas em negócio que a Administração deseja celebrar, como fase necessária do processamento da despesa pública (FAZZIO JUNIOR, 2003).

Desta forma a licitação é uma sucessão ordenada de atos que diante de um edital para demonstrar a concorrência se apresentam para a população e se concluem com a concessão do objeto ao vencedor de tal processo administrativo.

2.2 Previsão Legal

Tratando-se propriamente da Licitação, é de primordial importância à abordagem da necessidade da sua finalidade. A Licitação tem caráter bipolar, ou de

dupla finalidade de atuação, como prevê o artigo 3º da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, alterada pela Lei nº 12.349 de 15 de dezembro de 2010.

O artigo 22, inciso XXVII da Constituição de 1988, prevê a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratos administrativos, a qual reitera que devesse obedecer às administrações públicas, diretas, autarquias e funcionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, os dispostos no art. 37, e, já empresas públicas e sociedades de economia mista, deve-se atender normas gerais do art.173, § 1º, III.

Di Pietro (2007) reitera nesse sentido que o artigo da referida lei, trata a respeito da finalidade de obtenção do contrato mais benéfico para suprir as necessidades no que tange a obras, serviços, compras e alienações, fora às situações previstas em legislação específica. No entanto, não para por aí, pois, estas finalidades também estão descritas no artigo 1º da Lei n.º: 8.666, de 21 de junho de 1993, e, ainda existem as constantes na Constituição Federal, que são concessão e permissão de exercer atividades públicas.

Assim, entende-se que a finalidade da licitação é saciar as prioridades da coletividade, como a obras, serviços etc. E tal finalidade deverá ser cumprida em concordância com as leis e de maneira a ser o modo mais benéfico de realizá-las.

2.3 Princípios da licitação:

Além dos princípios constitucionais já citados sobre Administração Pública, a saber: Princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade a Lei 8.666/93 cita em seu artigo terceiro os princípios básicos da licitação. A priori, o que se pode afirmar acerca dos princípios administrativos inseridos na Lei Federal de Licitação e Contratos da Administração Pública é que não existe uma concordância entre os doutrinadores ao enumerá-los.

Logo, é preciso seguir tão somente o que está expresso na Lei n.º: 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Entretanto, estes princípios serão estudados de acordo com os

entendimentos de renomados juristas que falam acerca de licitação e contratos da Administração Pública.

Na verdade a Lei 8.666/93 em seu artigo 3º acrescenta outros três princípios aos dos art. 37, caput da Constituição Federal que são o princípio da igualdade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e os correlatos, ou seja, todos os princípios que tem relação com a lei de licitações, portanto, essa relação citada no art. 3º não é esgotável.

2.3.1 Princípio da igualdade

Este princípio tem como finalidade objetiva proteger a igualdade entre os licitantes, não permitindo a diferenciação entre os licitantes, ainda mais, não podendo haver quaisquer formas de discriminação entre os administrados interessados no objeto da licitação.

Quando se refere à igualdade na licitação, significa dizer que todas as pessoas interessadas em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições sem que existam vantagens para algum dos interessados. O corolário do mencionado princípio é a proibição de estabelecer diferenças em razão da naturalidade, sede de domicílio dos licitantes, ou a proibição de tratamento diverso de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária entre empresas brasileiras e estrangeiras, conforme disposição do art. 3º, § 1º, I e II Lei n.º: 8.666/93 (CARVALHO FILHO, 2006).

O autor Nascimento (2007) ensina que o princípio da igualdade ou isonomia trata do direito que todo licitante tem de competir em igualdade de condições com os demais, sem qualquer forma discriminatória ou de favoritismo. É o princípio que pode ser considerado como um dos principais alicerces da licitação, visto que o processo licitatório, além de permitir a escolha da melhor proposta para a Administração, também permite que todos os interessados participem de forma igual.

2.3.2 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Este princípio trata de assegurar que o processo de escolha do licitante deva ser feito em concordância com o previsto no edital de licitação. A Lei n.º: 8.666/93, em seu art. 41, caput, e art. 43, V, é clara ao estabelecer que se deve seguir as particularidades normativas estabelecidas no edital.

Tal princípio dirige-se tanto à Administração, quanto aos licitantes, pois estes não podem deixar de cumprir os requisitos do instrumento convocatório. Há obrigações a serem cumpridas pela Administração e licitantes (DI PIETRO, 2006, p. 334).

Pode-se dizer que o edital, na licitação, tem força de lei, pois, caso seja descumprida alguma norma descrita no edital, este será invalidado. Sendo invalidado deverá ser feito um novo edital para que se cumpra fielmente o que for estabelecido, assim, fica claro a importância na observância das especificações contida no edital.

2.3.3 Princípio do julgamento objetivo

O último princípio trabalhado é o princípio do julgamento objetivo, que se define por se caracterizar como o processo de julgamento das propostas apresentadas observando as especificações já definidas pelo edital ou pelo convite, sem prejuízo a Lei n.º. 8.666/93.

O princípio do julgamento objetivo está consignado nos artigos 44 e 45 da Lei n.º: 8.666/93. Diz-se que o julgamento, na licitação, é a indicação, pela Comissão de Licitação, da proposta vencedora. Percebe-se assim que é preciso obedecer à disposição prevista no edital. Logo não se pode desobedecê-lo, se assim se fizer, o ato será nulo, devendo ser recommençado todo o procedimento.

O princípio do julgamento objetivo para Nascimento (2007) obriga a Administração Pública a se ater aos critérios adotados no edital para promover o julgamento do processo. A administração, nesse caso não poderá se desvincular da forma de julgamento previsto no edital. Mesmo que tenha certo grau de discricionariedade está deve optar por tomar atitudes as mais próximas possíveis dos ditames da lei, a fim de que haja segurança tanto para Administração quanto para o licitante.

2.4 Modalidades da licitação

Modalidade de licitação são os procedimentos para realização da licitação, ou seja, os ritos previstos em lei para o desenvolvimento do processo de seleção do fornecedor para o Estado. Também se defini como a sequência de atos para que a Administração celebre contrato.

Cabe então estudar cada modalidade separadamente, sendo assim em primeiro lugar será estudada a modalidade concorrência, cuja definição está ligada a obrigação da parte interessada em contratar, em comprovar sua aptidão para o cumprimento do requerido pelo objeto da licitação.

2.4.1 Concorrência

Ainda sobre a concorrência na Licitação, se faz necessário utilizar as douras palavras de Hely Lopes Meirelles como melhor forma de embasar essa modalidade.

Concorrência é a modalidade de licitação própria para contratos de grande valor, em que se admite a participação de quaisquer interessados, cadastrados ou não, que satisfaçam as condições do edital, convocados com a antecedência mínima prevista na lei, com ampla publicidade pelo órgão oficial e pela imprensa particular. (2006, p. 313)

Compreende-se assim que a utilização da modalidade concorrência é sempre utilizada nas licitações que envolverem grandes valores, ou seja, para contratos onde a soma de valores seja alta, será a concorrência a modalidade utilizada.

2.4.2 Tomada de preço

A segunda modalidade a ser estudada é a tomada de preço, que está definida no art. 22, § 2º da Lei n.º: 8.666/93, que tem como peculiaridade o cadastramento prévio dos interessados ou capazes de realizar o objeto da licitação, diferente da concorrência, onde qualquer interessado que se mostrasse capaz poderia participar.

A tomada de preço está direcionada à celebração de contratos relacionados a obras, serviços e compra de menor vulto, e há necessidade de habilitação prévia o que se faz mediante cadastramento dos interessados nos registros cadastrais da Administração (ALEXANDRINO; PAULO, 2005).

Madeira (2010) colabora dizendo que “a tomada de preços, então, é uma modalidade licitatória de menor vulto, ou vulto médio, em relação à concorrência, de grau intermediário de complexidade, figurando entre a concorrência e o convite”.

2.4.3 Convite

Conforme ensina Moraes (2008) é a única modalidade de licitação em que a lei não exige publicação do instrumento convocatório no diário oficial e/ou em jornal de grande circulação. A publicidade se dá com a entrega da carta-convite aos convidados e pela fixação do instrumento convocatório no átrio da repartição licitante, cadastrado ou não.

2.4.4 Concurso

Madeira (2010) argumenta que o concurso não visa à contratação, o que se quer apenas, é premiar alguém por seu trabalho, e não significa que este trabalho será executado, mas poderá ser mais tarde, dependendo da viabilidade.

Ainda sobre o concurso Barros (2008,p.128) explica que:

Outra peculiaridade do concurso é que o julgamento do concurso

será feito por uma comissão especial integrada por pessoa ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, sejam servidores públicos ou não (§ 5º do art. 51 da Lei nº 8.666/93) devendo o autor ceder os direitos patrimoniais de sua obra para a Administração (art. 111 da Lei nº 8.666/93).

Quando a Administração Pública faz um concurso, em princípio ela não está interessada em contratar com ninguém. O interesse é selecionar um projeto de cunho intelectual e conceder premiação ao autor do projeto (CARVALHO FILHO, 2006).

Agora, se chega ao entendimento de que a modalidade em questão tem como objetivo não a contratação com partes interessadas objetivando o vínculo com a Administração Pública, mais sim o de encontrar o melhor objeto de interesse da licitação para premiá-lo, ou seja, busca unicamente a premiação daquele que é o melhor objeto da licitação.

2.4.5 Leilão

A Administração Pública pode utilizar-se desta modalidade quando precisar dispor de algum bem que não esteja sendo utilizados, podendo ser produtos legalmente apreendidos ou penhorados, bem como para a alienação de bens imóveis, irá adquirir o bem quem oferecer maior lance, ou ainda igual ou superior ao da avaliação. Assim, chega-se a última modalidade de licitação, o pregão, que possui a finalidade de adquirir bens e serviços comuns, cujos padrões e desempenho e qualidade possam ser definidos de forma objetiva no edital (ALEXANDRINO; PAULO, 2005).

Madeira (2010) esclarece que o que diferencia o leilão das outras modalidades é o fato de que neste a proposta de valor mais alto é a que será aceita.

2.4.6 Pregão

O pregão não está relacionado no rol das modalidades trazidas pela Lei 8.666/93 em seu artigo 22, este foi trazido pela Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. O pregão é aplicado para aquisição de bens e serviços comuns, segundo o parágrafo

único do artigo 1º da referida lei.

Moraes (2008, p.212) esclarece que o “a desburocratização do sistema de compras administrativas, bem como a agilização e diminuição dos custos, constituem-se em objetivos centrais dessa modalidade de licitação”. Desta forma sendo a forma rápida e eficaz para a licitação.

A adoção do pregão facilita a participação de eventuais interessados, inclusive empresas de pequeno porte, pela simplicidade documental que deve ser exigida, pela possibilidade de ofertar lances com alteração de preços durante a sessão, pela celeridade do procedimento e pela maior transparência do procedimento. Tanto o pregão presencial quanto o pregão eletrônico têm se mostrado instrumentos eficientes de contratação de bens e serviços comuns (TOLOSA, 2012).

2.5 Fases da licitação

São diversos os procedimentos utilizados nas licitações, sempre em observância aos princípios constitucionais e com o intuito de proporcionar à Administração Pública a aquisição, a venda ou a prestação de serviços de forma mais vantajosa, menos onerosa e com a máxima qualidade possível.

De acordo com Carlin (2005) o procedimento licitatório divide-se em uma fase interna e uma externa. A primeira compõe-se dos atos iniciais para uma contratação até a publicação do edital ou expedição da carta-convite e termina com a adjudicação do objeto da Licitação e sua homologação pela autoridade superior.

A fase externa, por seu turno, caracteriza-se pela publicidade do edital convocatório ou expedição da carta-convite, passando para o recebimento dos envelopes com a documentação e/ou proposta e segue-se com a habilitação, julgamento, revogação, anulação e homologação (CARLIN , 2005).

A licitação se desenvolve através de uma sequência de procedimentos de

caráter vinculante entre a Administração e as entidades interessadas denominadas licitantes, todos trabalhando de forma a construir o melhor contrato entre as partes (MEIRELLES, 2006).

Para que exista licitação a Administração Pública deve seguir um procedimento determinado em lei. É preciso abrir aos interessados a possibilidade de se inscrever e participar da licitação, a partir do momento que se inscreve no processo licitatório estar-se-á sujeito às condições fixadas no instrumento convocatório (DI PIETRO, 2007). Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina.

Quando a Administração convida os interessados pela forma de convocação prevista na lei (edital ou carta-convite), nesse ato convocatório vem contidas as condições básicas para participar da licitação, bem como as normas a serem observadas no contrato que se tem em vista celebrar; o atendimento a convocação implica a aceitação dessas condições por parte dos interessados. (2006, p. 326)

Sendo assim, o edital possui força de lei na licitação, não podendo ser alterado as condições nele expresso, ou seja, a Administração ou o licitante não possuem competência para efetuar alterações nas normas e nas propostas, com pena de não cumprimento do mesmo de desclassificação ou inabilitação. A respeito do procedimento da licitação assevera:

O procedimento constitui um conjunto ordenado de documentos e atuações que servem de antecedentes e fundamento a uma decisão administrativa, assim como às providências necessárias para executá-la. (apud CARVALHO FILHO, 2006, p. 200)

É através da licitação pública que os particulares irão conseguir contratar com a Administração Pública. Há serviços que não são prestados diretamente pela Administração Pública, logo terão que contratar particulares para prestá-los, quando há essa necessidade abre-se licitação pública, desta forma os particulares apresentam suas propostas, e quem apresentar a melhor proposta vence a licitação passando então a prestar serviço público à Administração.

A fase da abertura, segundo Gasparini (2000), encerra-se, em tese, com o decurso do prazo destinado à apresentação dos envelopes contendo a documentação e a proposta. O objeto da licitação deverá ser parte fixa constante em edital, para que

os interessados alcancem o atendimento eficaz da vontade do Poder Público, como versa o doutrinador Hely Lopes Meirelles, “Licitação sem caracterização de seu objeto é nula, porque dificulta a apresentação das propostas e compromete a lisura do julgamento e a execução do contrato subsequente”. (2006, p. 276). É necessário que conste sempre no edital o objeto da licitação, se não constar o objeto a licitação poderá ser considerada nula.

Na próxima fase deste estudo procuraremos compreender os crimes na legislação licitatória, considerando ser o Código Penal, na sua parte geral, fonte subsidiária da louvável lei.

CAPÍTULO III - CRIMES NA LICITAÇÃO

Até passado recente, transparência efetiva envolvendo as coisas públicas. Contas e contratações eram realizadas em recintos herméticos, inacessíveis à maioria do povo brasileiro, não obstante pudessem já ter sido catalogadas e divulgadas, até didaticamente, à coletividade. Observa-se que a licitação, em resumo, não obstante revista-se de importância no que cerca a coisa pública, até passado recente não mereceu o prestígio e atenção que são dispensados aos institutos que sejam considerados os mais relevantes no país, o que se abriu brecha então para ocorrência de diversos crimes licitatórios.

3.1 Lei Nacional das licitações e Contratos

A necessidade de transparência para com a Administração Pública direta e indireta é uma realidade em toda a sociedade. É comum situações de denúncias quanto à fraude nestes processos licitatórios, o que muita desmerece essa prática quanto ao caráter de constitucionalidade (MORAES, 2018).

Além das sanções administrativas, a Lei 8.666/1993 nos traz um conjunto de preceitos de natureza penal, todos eles voltados para procurar assegurar o efetivo cumprimento da rígida lei de licitação e contratação brasileira, ganhando merecido destaque, neste particular, a transparência, a moralidade, a probidade e a lisura na realização do certame licitatório, acompanhadas da fixação de apenamentos severos àqueles que infringem as normas aplicáveis (BITTENCOURT, 2014).

Várias legislações têm sido regulamentadas a fim de trazer uma resposta mais célere e transparente, e também intuito de diminuir crimes neste processo. A

própria Lei de Licitações já trouxe aspectos normatizadores que buscasse regularizar esse processo e evitar fraudes e crimes, porém, diante da inteligência e perspicácia de autores delituosos, foram necessárias novas regulamentações e novas propostas de contratação para com o serviço público, que normalmente é estabelecida por contratos.

No que concerne aos crimes da Lei Nacional das Licitações, notadamente em relação ao processo, julgamento, recursos e execução penal, serão observados subsidiariamente o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal.

3.2 Conceito e espécies de crime

Os crimes que se encontram definidos na Lei 8.666/1993 são de ação penal pública incondicionada, ao qual se aplica o princípio da divisibilidade, cabendo ao Ministério Público promovê-la, por iniciativa própria ou de terceiros. Primeiro, o crime é algo que ultrapassa o controle das polícias, não sendo determinado pelo que estas fazem ou pelo número de policiais disponíveis, mas por outros fatores de maior importância (sociais, econômicos, etc.) (BACILA, 2015).

Como as definições formais visam apenas ao aspecto externo do crime, é necessário indagar a razão que levou o legislador a prever a punição dos autores de certos fatos e não de outros, como também conhecer o critério utilizado para distinguir os ilícitos penais de outras condutas lesivas, obtendo-se assim um conceito material ou substancial de crime. Para uns, o tema central do conceito de crime reside no caráter danoso do ato; para outros, no antagonismo da conduta com a moral; e para terceiros, no estado psíquico do agente. Essas conceituações, entretanto, esbarram na dificuldade decorrente de sofrer o fenômeno delituoso flutuações no tempo, no espaço, na filosofia política do Estado etc. (MIRABETE, 2012, p. 80).

Com efeito, o conceito de crime sob a perspectiva material guarda estrita relação com o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal moderno, o qual é também denominado doutrinariamente de a *última ratio*, ou seja, a última razão, por entrar em ação somente quando todos os outros ramos do direito se mostrarem ineficientes para a devida tutela dos bens jurídicos considerados mais importantes para a sociedade. Isso significa que o Direito Penal busca investigar o crime à luz das normas, do dever-se, ao passo que a criminologia busca investigá-lo à luz da

realidade fenomênica (BRANDÃO, 2015).

3.3 Crimes previstos na lei das licitações

Algumas das hipóteses criminais previstas na Lei 8.666/1993 caracterizam o chamado crime instantâneo, enquanto outras, crime complexo. Em algumas delas, inexistente a possibilidade de haver tentativa, sem a sua integral consumação. Noutras, admite-se a fragmentação e correspondente distinção. Em todas elas, entretanto, trata-se de crimes dolosos, ou seja, resultado de uma conduta que o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, somente assim sendo preenchida a hipótese criminal a par, naturalmente, da necessária satisfação aos demais requisitos descritos no respectivo preceptivo –, dado inexistir, nesse sistema penal específico, a previsão de apenamento para condutas culposas (PESTANA, 2014).

Para as contratações promovidas pela Administração Pública, é a da realização de licitações, enquanto as exceções, diferentemente, a sua não realização, ensejando as chamadas contratações diretas, cabíveis nas situações envolvendo licitação dispensada, dispensável ou inexigível, segundo as hipóteses previstas, respectivamente, nos arts. 17, 24 e 25 da Lei 8.666/1993. Porém, repulsa ao direito, sobretudo no que atina ao aspecto da moralidade, a dispensa ou inexigibilidade de certame licitatório, quando necessária e cabível à sua realização (BITTENCOURT, 2014).

Contudo, há até então hipótese, com exceção das situações extremas de ilegalidade indiscutível (que remeterão à aplicação de sanções de natureza penal até com relativa facilidade, assegurado, naturalmente, o devido processo legal), a ocorrência concretamente considerada muitas das vezes suscita dúvidas e perplexidades, sobretudo nas situações envolvendo licitações dispensáveis e inexigíveis.

3.3.1 Inexigência

Porém, a norma geral em apreço determina que dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, será aplicável a pena de detenção, de 3 a 5 anos, assim como multa correspondente, incorrendo na mesma pena aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se

da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público (RIGOLIN, 2009).

Sobre o artigo 89 da lei 8.666/93 o crime é formal, consumando-se com a mera dispensa ou inexigibilidade não autorizada pela lei, o autor Costa Junior dispõe:

A primeira modalidade de conduta prevista, dispensar, é de natureza comissiva. A inexigência será sempre omissiva. O agente, ao não realizar a Licitação que se lhe impunha promover, estará infringindo a norma penal. A menos que se trate de uma das hipóteses prescritas pelo art. 25 desta lei. A terceira modalidade de conduta preceituada em lei é igualmente omissiva: deixar de observar formalidades alusivas à dispensa ou à inexigibilidade previstas, substancialmente, no art. 26 desta lei (2004, p.2).

Trata-se de crime que, para uns, possui natureza formal, em que o resultado obtido é irrelevante; declarando-se dispensada ou inexigível a licitação – quando, ao reverso, a sua realização mostrara-se necessária – configura-se a ilegalidade penal. Para outros, entretanto, dentre os quais nos perfilamos, somente poderá materializar-se em havendo prejuízo efetivo para a Administração Pública (ROMANO, 2015).

3.3.2 Frustrar ou Fraudar Caráter Competitivo

A competição franca, entre interessados, é da essência do processo administrativo licitatório, valor este que se irradia dos enunciados jurídicos constitucionais e infra- constitucionais que se referem à matéria, assim como de princípios jurídicos consagrados de aplicação induvidosa na licitação, caso, v. g., do princípio da isonomia, da segurança jurídica, da moralidade, da probidade e da legalidade (ROMANO, 2015).

Pois bem, a partir dessa conformação jurídica, resolveu o legislador inserir na norma geral licitatória a determinação de que 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, tal importará na pena de detenção, de 2 a 4 anos, e multa (BITTENCOURT, 2014).

Frustrar importa na ideia de iludir outrem, com o propósito de neutralizar ou retirar determinados elementos ou condições que, sem tal agir, encontraram-se

presentes, observáveis e suficientemente úteis para que competição legitimamente se instalasse (PESTANA, 2014).

Fraudar, por sua vez, corresponde à burla, a enganar, a simular, com o propósito subalterno de privar alguém ou algo de um elemento ou condição que se fazia presente e observável, mas que, justamente em virtude da fraude cometida, resta afastada ou eclipsada, ineficaz para utilização em concreto (PESTANA, 2014).

Pois bem, o crime em questão somente terá lugar se ocorrido em decorrência da implementação, em concreto, do dolo específico dos envolvidos, isto porque a norma geral é expressa em afirmar que a ilegalidade deverá ser praticada com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Precedentemente, portanto, deverá haver um querer, uma vontade de fraudar ou de frustrar-se o certame licitatório com vistas ao atingimento de um objetivo claro (ROMANO, 2015).

A frustração ou fraude, são observadas, costumeiramente, através da inserção de cláusulas discriminatórias no instrumento convocatório do processo licitatório, que procuram implementar impedimentos artificiais ofensivos à franca competitividade e à isonomia que devem marcar os certames licitatórios, o que, muitas das vezes, demanda a produção de minucioso e detalhado corpo de provas, para que a frustração ou fraude pretendida pelos interessados reste comprovada.

3.3.3 Patrocínio de Interesse Privado

Os agentes públicos deverão pautar-se, no exercício das funções que lhes compitam, pela moralidade e pela probidade, dentre outros princípios que, relevantemente, lhes são endereçados e exigidos pelo ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional (MORAES, 2018).

No exercício da função administrativa, observa-se que o agente transcende aos seus valores subjetivos, adotando um agir que poderá até intimamente colidir com o seu pensar, mas que, às últimas, estará sendo adotado e deverá ser exigido em obséquio ao interesse público, objetivo finalístico a ser atingido pela Administração Pública no seu dia a dia (PESTANA, 2014).

Evidentemente, não cabe ao agente público advogar para o administrado junto à Administração Pública, especialmente nas situações em que os interesses de ambos se encontrem em posições opostas. Antes, ao contrário: abomina o Direito, o agir impróprio da autoridade pública tendenciosamente em favor do administrado e em desfavor da Administração Pública, sobretudo quando a ação é absolutamente ilegítima, justificando-se, a par da sanção cominada na norma geral sob exame, a cominação específica alojada no Código Penal (BITTENCOURT, 2014).

3.3.4 Modificações e Vantagens Indevidas

A realização de um processo administrativo de licitação, conforme pudemos examinar ao longo da presente obra, é, em regra, condição essencial para a celebração de contratos, tendo, de um lado, a Administração Pública, e, de outro, os administrados (ROMANO, 2015).

O processo administrativo licitatório inaugura a sua fase externa com a aceitação, pela autoridade competente, do instrumento convocatório previamente elaborado, assim como com a autorização de instalação do respectivo processo administrativo de licitação, com a finalidade de identificar administrados (PESTANA, 2014).

O instrumento convocatório, estabelece os termos e as condições da contratação pretendida, o que, à evidência, importa na própria delimitação do contrato correspondente, já que este encontra-se previamente assentado, usualmente, como anexo do aludido ato convocatório (BITTENCOURT, 2014).

Pois bem, os termos e as condições constantes do instrumento convocatório e do respectivo contrato, em regra, não podem ser modificados, exceção feita a situações especialíssimas, como as que envolvem o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o qual admite a sua modificação parcial. Dessa forma, são levados seriamente em consideração pelos até então interessados em contratar com a Administração Pública, inclusive para efeitos de orientação e assentamento das propostas que serão apresentadas no certame licitatório.

Evidentemente, a previsão criminal em apreço volta-se, de pronto, para o agente público que, agindo nas quadras da Administração Pública, promova o

favorecimento ilegítimo do administrado, sujeitando-se, como consequência, às sanções correspondentes, no caso, pena de detenção de 2 a 4 anos, além da obrigação de suportar o pagamento de multa correspondente (PESTANA, 2014).

3.3.5 Impedir, Perturbar ou Fraudar a Licitação

O processo administrativo licitatório deverá instalar-se, desenvolver-se e encerrar-se de acordo com o procedimento estabelecido nas leis aplicáveis, assim como em estrita obediência ao quanto assim dispuser o respectivo instrumento convocatório. Conforme Mukai, verifica-se aqui que:

A tipificação penal abrange duas situações distintas: a) admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, em favor do adjudicatário, durante a execução contratual, sem que tais modificações ou vantagens estejam autorizadas em lei, nos atos de convocação da Licitação ou nos contratos, envolvendo tais modificações, inclusive as prorrogações contratuais (estas somente são possíveis nas hipóteses previstas pela lei). b) na mesma pena incorre o contratado se obtém vantagem indevida ou se se beneficia (2002, p.581).

Portanto, nos limites permitidos, evitando-se os domínios proibidos, e praticando-se tudo o que obrigatório for, segundo as normas de regência, o processo administrativo não poderá sofrer empecos ou artifícios, seja de que natureza for, que impeçam, perturbem ou fraudem a licitação (PESTANA, 2014).

Impedir, como se sabe, consiste na prática de atos que restrinjam, limitem ou impossibilitem a realização de algum ato, no ponto, relativamente ao procedimento licitatório. É o que se passa, exemplificativamente, com o agir que se observara, em períodos não tão remotos, de obstruir-se as portas, elevadores e escadas de acesso ao recinto da licitação, para, justamente, impedir que interessados tomassem parte, livremente, do concurso licitatório.

Perturbar, por sua vez, é o agir deliberado no sentido de afetar, com tintas de prejudicialidade, a marcha dos trabalhos licitatórios, tanto prejudicando a regular atuação da Comissão de Licitação, do Leiloeiro ou do Pregoeiro, conforme seja a modalidade de licitação adotada, como, também, dificultando a natural atuação dos licitantes diretamente interessados no certame (PESTANA, 2014, p. 902-903)

É por isso que a norma geral licitatória expressamente estabelece ser crime, com a cominação da pena de detenção de 6 meses a 2 anos, acrescido de multa, o agir que venha a impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato do procedimento licitatório.

3.3.5 Rompimento do Sigilo

O processo administrativo licitatório reúne a prática de determinados atos que devem ser cercados de sigilo. Não que o processo em si seja sigiloso; antes, ao contrário. É da essência da licitação a publicidade de praticamente todos os atos que sejam implementados no seu curso, inclusive para efeitos de controle interno e externo acerca da sua legalidade e legitimidade (PESTANA, 2014).

Ao agente público, como se sabe, compete a guarda das informações sigilosas, logo, dos repositórios físicos onde tais informações se encontrem alojadas. É por isso que, usualmente, ao receber os envelopes em sessão na qual se encontram todos os licitantes, os agentes condutores do certame exibam todos os envelopes para a totalidade dos presentes (ROMANO, 2015).

3.3.6 Afastamento do Licitante ou do Administrado

Conforme já examinado nos tópicos anteriores deste estudo, o processo administrativo licitatório é marcado pela possibilidade de dele tomar parte todos aqueles que assim o desejarem, desde que, naturalmente, satisfaçam os requisitos exigidos para tanto, seja aqueles fixados nas leis aplicáveis, seja nos atos convocatórios correspondentes (PESTANA, 2014).

Agora, a disposição de participar ou não de licitações não poderá ser afastada por ato de terceiro que, com interesses subalternos, aja com tal propósito. A isonomia dispensada aos administrados e potenciais licitantes exige que todos os iguais desfrutem dos mesmos direitos, logo, no ponto, daquele consistente em, livremente, participar de licitações, se assim o desejarem (BITTENCOURT, 2014).

A norma geral em apreço (Lei 8.666/1993) estabelece, expressamente, ser crime a conduta que afaste ou procure afastar administrado ou licitante do processo administrativo licitatório, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo, imputando ao infrator a pena de detenção de 2 a 4 anos, além da pena correspondente à violência cometida (BITTENCOURT, 2014).

3.3.7 Fraude Contra a Fazenda Publica

A Lei 8.666/1993 expressamente prevê, no seu art. 96, as condutas que considera ilícitas praticadas contra a Fazenda Pública. No caso, o preceptivo volta-se contra a fraude licitatória ou contratual, sabendo-se, conforme já examinado também anteriormente, a licitação e os contratos estabelecem relações jurídicas de intenso entrelaçamento, inclusive nas contratações diretas que, mesmo assim, devem claramente consignar os motivos pelos quais a licitação não se realizou (BITTENCOURT, 2014).

3.3.8 Licitação e contratação com pessoa inidônea

Conforme já pode-se observar uma das sanções administrativas mais severas passíveis de serem impostas aos administrados é a Declaração de Inidoneidade. Uma vez emitida e enquanto perdurarem seus efeitos, não poderá aquele considerado inidôneo contratar com a Administração Pública, nos seus diversos planos, logo, também não podendo tomar parte noutros processos licitatórios (ROMANO, 2015).

Como se não bastasse, a norma geral fulmina, de ilícito criminal, a conduta de admitir a participação em licitação ou de promover a contratação, mediante licitação ou contratação direta, de pessoa física ou pessoa jurídica que tenha sido declarada inidônea (JUSTEN FILHO, 2002).

3.4 Processo administrativo e judicial nos crimes licitatórios

A sentença que condenar o agente pelos crimes previstos na Lei 8.666/1993 deverá apenar o agente ao pagamento de valores, a título de multa, a serem revertidos em favor das respectivas Fazendas Públicas, ou seja, federal, estadual, distrital ou municipal (BITTENCOURT, 2014).

A fixação da pena pecuniária, pelo magistrado, levará em consideração fatores objetivamente considerados, que se conjugam com elementos resultantes da aplicação de certa maneira subjetiva do julgador que, diante do caso concretamente

considerado, se socorrerá dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (GASPARINI, 2005).

Além disso, observa-se que a “condenação definitiva” a que se refere o inciso I do art. 88 da Lei 8.666/1993, exige sentença judicial transitada em julgado condenando o réu no crime de fraude fiscal, envolvendo o não recolhimento de qualquer espécie de tributo (PESTANA, 2014).

Para Gasparini (2005) a Lei licitatória encarregou-se de mencionar as causas que excluem a criminalidade das suas hipóteses penais:

A primeira delas, cremos estar na possibilidade de se quebrar a estrita ordem cronológica das datas de exigibilidade dos pagamentos, quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, conforme permitido pelo art. 5º. da Lei das Licitações e Contratos da Administração Pública. Outras estão em momentos diversos dessa lei. Assim, num primeiro momento ditas excludentes de criminalidade estão arroladas no art. 17, onde os incs. I e II regulam, respectivamente, a alienação dos bens imóveis e móveis da Administração Pública (2005,p.35).

A Lei licitatória estabeleceu outro elenco de eximentes, referente às contratações sem licitação, consubstanciado nas hipóteses do art. 24. Conhecidos os fatos envolvendo uma Licitação ou contratação irregular, imediatamente deve ser instaurado um processo administrativo punitivo ou inquérito administrativo.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo investigar, à luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência nacional, os crimes previstos na Lei de Licitações, n. 8.666/93. O interesse pelo tema abordado deu-se em razão de sua atualidade e pela diversidade de modo que vem sendo abordado no contexto nacional.

Para seu desenvolvimento lógico o trabalho foi dividido em três capítulos:

O primeiro tratou de abordar as noções de Administração Pública e do serviço público; sua evolução, conceitos, objetivos e princípios.

Conforme disposto naquele capítulo, nos remeteu a um correto entendimento do termo Administração Pública e Serviço Público, apresentados como elementos do Direito Administrativo.

O segundo capítulo foi destinado a tratar dos aspectos gerais da Licitação, sua evolução, conceito, previsão legal, princípios, modalidades, tipos e fases.

Para encerrar o segundo capítulo, constatamos que as primeiras regras sobre o tema no Brasil. Hoje temos a Lei Nacional n. 8.666 de 21.06.1993, que institui normas para Licitações e contratos administrativos.

No terceiro e último capítulo, estudamos os crimes, seus conceitos, e as espécies existentes no corpo da Lei das Licitações. A partir do estudo constatamos uma consonância entre as ações do administrador e seus limites, cujas práticas abusivas aparecem como tipos penais como forma de coibir possíveis abusos nas contratações públicas. Conhecemos individualmente todos os delitos previstos na lei das Licitações, suas penas, as excludentes de criminalidade, descobrimos que a ação penal é pública incondicionada e, que serão os infratores julgados por juiz

singular. A Lei das Licitações no tocante aos crimes, tem aplicação subsidiária do Código Penal, Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

REFERÊNCIA

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Tributário na Constituição e no STF**. 10 ed. rev. e atual. até a EC nº 48/2005. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

BACILA, Carlos Roberto. **Teoria da Imputação objetiva no direito Penal, Criminologia e Estigmas**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BARROS, Wellington Pacheco. **Manual de direito administrativo**. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atual, 2002.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação passo a passo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRANDÃO, Claudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, Brasília, 5 de outubro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm> Acesso: 20.11.2018.

BRASIL. **Lei n. 12.349 de 15 de dezembro de 2010**. Altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm. Acesso em 20 mai 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 20 mai 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em 20 mai 2019.

CARLIN, Volnei Ivo. **Direito administrativo**: doutrina, jurisprudência e direito comparado. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC editora, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito Administrativo**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CUNHA, douglas. **Temas de direito administrativo**: Uma visão rápida e pratica. São Paulo : Saraiva, 2015.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Fundamentos de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANÇA, Maria Adelaide de C. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2013.

FRIEDE, R. **Lições Objetivas de Direito Administrativo** (para concursos públicos e universitários). São Paulo: Saraiva, 1999.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 5 ed, São Paulo: Saraiva, 2000.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 8 ed. Rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Direito Administrativo**, tomo I. 11. Ed. Rio De Janeiro, Editora Elsevier, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes de. **Direito Administrativo Brasileira**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**: atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro. 14 ed, São Paulo: Malheiros, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual do Direito Penal**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MORAES, Isaias Fonseca. **Manual de direito administrativo**. 1. Ed. Curitiba, Juruá editora, 2008.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**: comentários à lei n. 8.666/93, com as alterações da lei n. 9.648/98 e análise das licitações e contratos na E. C. n. 19/98(reforma administrativa). 5 ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

NASCIMENTO, Renato. **Licitações e contratos administrativos**. 1. Ed. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2007, 252 p.

PESTANA, Marcio. **Licitações públicas no Brasil**: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002 / Marcio Pestana São Paulo: Atlas, 2013.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual prático das licitações (Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993)**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual Prático das Licitações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROMANO, Rogério Tadeu. O crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93. **JusNavigandi**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44704/o-crime-previsto-no-artigo-89-da-lei-8-666-93>. Acesso em 20 mai 2019.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão**: uma nova modalidade de licitação. Comentários teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

