

OS CRIMES NA LEI DE LICITAÇÕES: PRINCIPAIS ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS



Caroline Fockink Ritt

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – Brasil

Bruna Henriuqe Hubner

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – Brasil



Resumo

No seguinte estudo buscou-se demonstrar ser o instituto da licitação pública um terreno fértil e corriqueiramente usado para a propagação de atos corruptivos e os reflexos deste quadro na sociedade. Inicialmente buscou-se demonstrar a íntima ligação que as licitações possuem com os princípios constitucionais e expor os demais princípios que devem ser observados no certame licitatório. Depois foi abordado o tema da corrupção nas licitações, seu histórico e a situação brasileira quanto à temática. Então, analisaram-se de maneira geral e histórica os crimes previstos na Lei de Licitações, além de expormos os resultados de pesquisa realizada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) quanto ao tema de crimes nas licitações. Por fim, foram analisados os dois tipos penais de maior incidência no TJRS de forma mais específica e aprofundada.

Palavras chave: Administração Pública. Corrupção. Crime. Licitações. Princípios constitucionais.

Notas introdutórias

O presente artigo pretende, sem a intenção de esgotar o assunto, demonstrar quais são os principais crimes cometidos, dentre os previstos na Lei de Licitações, do Rio Grande do Sul. Para tanto, num primeiro momento, far-se-á uma breve análise da Lei de Licitações, principalmente com relação aos princípios constitucionais que a regem. Da mesma forma, uma abordagem no Direito Comparado, como é tratado, juridicamente, em outros países, o instituto das licitações. Demonstra-se que o uso desviante e fraudulento nos procedimentos de licitações, criam a possibilidade de inúmeros comportamentos corruptivos. A partir disso, far-

se- á a análise jurisprudencial dos crimes previstos na Lei de Licitações, trazendo a sua descrição geral, especificamente dos crimes dos artigos 89 e 90 da Lei de Licitações, para, finalmente, concluindo e comprovando, através da pesquisa, ilustrando didaticamente, através de um gráfico, quais são os crimes que mais ocorrem no Rio Grande do Sul.

1- Licitações: principais aspectos com relação aos princípios constitucionais

A Lei de Licitações veio regulamentar o art.37, XXI, da Constituição de 1988 (CF/88), o qual determina que, 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.

Os princípios da licitação estão previstos no art. 3º, caput, da Lei Federal n.º 8.666/93¹, evidenciando, pois, preocupação específica á regularidade dos procedimentos de contratação pública no país. Como observa Hely Lopes Meirelles (2010), o referido artigo dá destaque aos princípios mais específicos da licitação, podendo ser os demais princípios constitucionais aplicados ao instituto. Seus princípios podem ser resumidos pelos seguintes preceitos: (i) procedimento forma²: que é a vinculação da licitação ás prescrições legais que regem todos os seus atos ou fases, não decorrendo só da lei, mas do próprio regulamento, do caderno de obrigações, do edital ou convite; (ii) publicidade de seus atos: abrangendo todos os atos do processo licitatório, em decorrência deste princípio que é imposto a abertura dos envelopes da documentação e propostas em público³; (iii) igualdade entre os licitantes: não pode haver discriminação entre os participantes, seja através de cláusulas que favoreçam uns em detrimento a outros ou mediante julgamento parcial, porém o estabelecimento de requisitos mínimos de participação não atenta contra este princípio; (iiii) sigilo na apresentação das propostas: tal princípio é consequência do princípio da igualdade, pois estaria em vantagem o licitante que tem o conhecimento da proposta do outro licitante antes da apresentação da sua;(iiiiii) vinculação ao edital: é princípio básico de toda a licitação, sendo o edital a lei interna da licitação, vinculando tanto a administração como os licitantes; (iiiiiii) julgamento objetivo: obriga os julgadores aterem-se em critérios prefixados pela Administração, reduzindo e delimitando a margem de valoração subjetiva; (iiiiiiii) probidade administrativa: é dever de todo administrador público, possuindo previsão constitucional no art. 37, § 4º; (iiiiiiiiii) adjudicação compulsória ao vencedor: não pode a Administração, depois

de concluído o processo licitatório, atribuir seu objeto a outrem que não seja o legítimo vencedor do certame.

Como observa Celso Antônio Bandeira de Mello (2012), caso não haja a observância aos ditames desses preceitos relevantes, a validade do processo de licitação fica comprometida, tornando-o vulnerável à sua desconstituição por razões de juridicidade pela autoridade administrativa ou judicial competente.

1.1 Direito Comparado

Para Hely Lopes Meirelles (2010) os sistemas licitatórios que mais se assemelham ao brasileiro são os de Portugal, Espanha, Argentina e Uruguai, porém com sensíveis diferenças no sistema. Deve-se ter o cuidado de notar que o sistema de licitação no Brasil não corresponde à de outro país, pois, existe uma variedade termológica, conceitual e de modalidades de licitação entre os países. Quando se tratar de contratos administrativos, a doutrina já é mais assemelhada e uniforme. Hely traz a França como exemplo da diferença entre os sistemas, onde, “[...] licitação é *adjudication*, adjudicação é *attribution* e *concurrence* não é a nossa concorrência, mas, sim a participação em qualquer licitação.”. (MEIRELLES, 2010, p. 279).

Pode-se fazer o seguinte paralelo a partir da obra de Meirelles (2010): (A) Direito Francês: *adjudication publique ouverte*, corresponde a nossa concorrência, e *adjudication restreinte*, sendo que possui duas modalidades: *réglementation des conditions d’admission*, assemelhada a nossa tomada de preço, e *procédure des admissions individuelles*, que equivale ao convite. Nossa adjudicação é *attribution*; homologação é a *approbation* e concorrência é *concurrence*, mas com o significado de participação em qualquer modalidade de licitação (*adjudication*). (B) Direito Alemão: a licitação (*Ausschreibung*) possui três modalidades, a saber: concorrência pública (*öffentliches Ausschreibungsverfahren*), concorrência restrita (*beschränktes Ausschreibungsverfahren*) e convite (*Ausschreibung*). (C) Direito Italiano: *asta pubblica*, equivalente à nossa concorrência; a *licitazione privata*, equivalente à nossa tomada de preços; a *trattativa privata*, que é escolha direta do contratante; e o *appalto concorso*, assemelhado ao nosso concurso de projetos. (D) Direito Espanhol: a licitação (*licitación*) compreende o concurso subasta, o concurso e a subasta (assemelhada à nossa concorrência). (E) Direito Argentino: a *subasta*, a *licitación pública*, a *licitación privada*, o *concurso público*, o *concurso público-subasta*, o *concurso de precios* e a *cotización de precios*. (F) Direito Uruguaio: a *licitación pública*, equivalente a nossa concorrência, e a *licitación*

restringida, assemelhada à tomada de preços, havendo, ainda, a *licitación de precios*, a *licitación sobre muestras* e a *licitación –concurso*, sem símile no nosso Direito. (G) Direito Português: *ajuste direto* e *concurso* (pode ser público ou limitado, o primeiro equivalendo à concorrência e o segundo assemelhado à tomada de preço). Há a *licitação sobre amostras*, na qual os licitantes devem apresentar as amostras e as propostas; escolhida a amostra, sobre ela os ofertantes disputam o preço.

2. Licitações e gargalos corruptivos

A corrupção tem sido um dos temas centrais no processo comunicativo de globalização, unindo esforços e energias internacionais, tanto para seu combate quanto para a implementação, difusão e fortalecimento de ferramentas preventivas e de diagnósticos precisos, visando objetivos comuns aos povos civilizados e democráticos. (OSÓRIO, 2013).

De um lado, tal realidade desafia novas e criativas políticas públicas, porque se percebem a magnitude e a veloz expansão de atores e processos corruptos e corruptores, de modo multifacetário. De outro, a mesma realidade, no evidenciar uma concentração de esforços em torno a uma patologia específica, indica a indevida limitação do olhar sobre uma complexa situação, multifacetária e sofisticada, que certamente não se encaixa numa terminologia unitária e ideológica, cultural e normativa. (OSÓRIO, 2013, p. 28).

Observa Delmanto (2014) que passados mais de 200 anos desde a vinda da família real portuguesa, a história da transformação da colônia no enorme País que temos hoje, superadas duas ditaduras (a de Getúlio Vargas e Militar) e tornando-se o Brasil a 6ª economia do mundo, com cerca de 200 milhões de habitantes, é manchada pela “corrupção desenfreada”, que sempre acompanhou a história do Brasil, mas que nunca esteve tão presente. Sendo as licitações públicas um grande palco para a corrupção no Brasil, com origens históricas que mostram sua instalação aqui antes mesmo de o Brasil se tornar independente de Portugal, sendo um verdadeiro “câncer” nacional.⁴ (DELMANTO, 2014).

Neste sentido, também observa Fábio Medina Osório:

Lamentavelmente, os processos licitatórios têm se prestado ao perverso papel de veículos de corrupção e de fraudes no setor público, na medida em que as informações privilegiada parecem constituir o principal instrumento de trabalho de empresas especializadas em assessorar terceiros que competem em certames licitatórios. Estes, por sua vez, passam a cumprir tarefas de blindagem formal de responsabilidades. Não precisamos lembrar as dívidas de campanha ou das alianças eleitorais na base de licitações fraudulentas, formalmente corretas substancialmente viciadas por favorecimentos indevidos. Nem seria necessário recordar dos editais

que direcionam vantagens e fecham o certame a determinados atores. (OSÓRIO, 2013, p. 288).

Da mesma forma que está enraizada na cultura brasileira, em parcela da sociedade que defende “o se dar bem” à custa do dinheiro do contribuinte, até mesmo personalidades públicas que são comprovadamente corruptas continuam circular pelos Governos, e o que é pior, encontram apoio na sociedade, que repete o famigerado jargão: “ele rouba mas faz”!(DELAMANTO, 2014).

Garcia traz a debilidade do Estado Democrático frente ao grandioso problema da corrupção:

A debilidade democrática facilita a propagação da corrupção ao aproveitar-se das limitações dos instrumentos de controle, da inexistência de mecanismos aptos a manter a administração adstrita à legalidade, da arbitrariedade do poder e da consequente supremacia do interesse dos detentores da potestas publica face ao anseio coletivo. Esse estado de coisas, longe de se diluir com a ulterior transição para um regime democrático, deixa sementes indesejadas no sistema, comprometendo os alicerces estruturais da administração pública por longos períodos. Ainda que novos sejam os mecanismos e as práticas corruptas, os desvios comportamentais de hoje em muito refletem situações passadas, das quais constituem mera continuação. (GARCIA, 2013, p. 50).

Mas, observa Emerson Garcia (2013) que é possível afirmar, com certa “tristeza” que a ordem natural das coisas indica que temos um longo e tortuoso caminho a percorrer. O combate á corrupção não há de ser fruto de mera produção normativa, mas sim, de um resultado da aquisição da consciência democrática, como também de uma lenta e paulatina participação popular. Isso permitirá a contínua fiscalização das instituições públicas, reduzirá a conivência e, pouco a pouco, depurará as ideias daqueles que pretendem ascender ao poder. Observa que com isso a corrupção poderá ser atenuada, pois eliminada ela nunca será.

Não parece ser necessário muito esforço teórico para demonstrar a realidade da má gestão pública no Brasil, é verdade. Não estamos bem situados nos índices de Transparência Internacional, tampouco nos noticiários nacionais e internacionais, menos ainda na percepção geral da cidadania brasileira e, sobretudo, em face dos resultados que os mais variados Governos têm alcançado em suas gestões, cujas falhas, lacunas, vícios e problemas saltam aos olhos da população, que sofre na “carne” e no “espírito” todos os seus possíveis desdobramentos. (OSÓRIO, 2013, p. 30).

Delmanto (2014) com relação, especificamente, à Lei de Licitações, quando aborda as práticas corruptas, observa que mesmo com os esforços do legislador, a Lei de Licitações não alcança com eficácia a criminalidade. Os escândalos corruptivos se tornaram públicos, graças à imprensa e os novos meios de prova, com destaque a interceptação telefônica. Voltando-se assim os olhos ao nosso Judiciário, que em razão da alta demanda e de sua falta de estrutura diante do vultoso número de processos, além de falhas humanas não consegue prestar jurisdição satisfatória, sendo a impunidade, infelizmente, predominante. Esse quadro de impunidade tem ocorrido também pelos abusos práticos por parte da Polícia e do Ministério Público. Como efeito tem sido corriqueiro a anulação de processos que envolvem estes escândalos pelas instâncias superiores, em função do desrespeito a Constituição nessas investigações.

Por fim, deve-se ter em mente que a corrupção é um fenômeno multifacetário e de difícil combate:

A luta contra a corrupção é complicada por inúmeros fatores; porém, a dificuldade básica é definir o que seja a corrupção, independentemente se sua definição legal, que varia enormemente de uma sociedade para a outra. O termo tem sido empregado para se referir a um amplo espectro de ações. Pode ser usado para designar ações ilegais ou antiéticas perpetradas por pessoas em posição de autoridade ou de confiança no serviço público, ou por cidadãos e empresas em sua relação com os agentes públicos. Consequentemente, parece claro que a luta contra esse mal não pode ser confinada ao setor público e restringir-se a medidas punitivas, penais e administrativas, dirigidas a agentes individuais, pois não há dúvida de que a corrupção interna quase sempre depende da relação entre os agentes públicos e os cidadãos. (DA SILVA, 2008, p. 575).

3. Crimes previstos na Lei de Licitações – descrição geral e pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul

Especificamente no campo da contratação pública há gargalos corruptivos muito intensos, destacando-se neste particular os chamados crimes da licitação e dos contratos públicos, conforme os arts. 89 e seguintes da Lei de Licitações e Contratos (nº8. 666/93)⁵, o que se pretende aprofundar na presente pesquisa são os dois tipos penais de maior ocorrência, segundo pesquisa jurisprudencial realizada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

No procedimento licitatório, várias são as ilegalidades passíveis de ser cometidas. Algumas delas espelham infrações administrativas, indicando a violação de normas internas da Administração, ao passo que outras, de maior gravidade, configuram-se como crimes, sujeitos às normas do Direito Penal. Nesse aspecto, nunca é demais sublinhar que a aplicação de uma

não afasta a outra, ou seja, pode o infrator ser punido com ambas as sanções cumulativamente. (CARVALHO FILHO, 2014).

Conforme a melhor doutrina abordar a licitação é estudar um instituto de direito público que está na convivência da sociedade brasileira há mais de cento e trinta anos. Observa-se que ela teve a sua introdução em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 2.926 de 14 de maio de 1962. Após outras codificações, referente a este ponto, chega-se, finalmente a lei 8.666/93. Esta lei disciplina a matéria licitatória em cento e vinte e seis artigos, seguindo os moldes estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, especificamente em seu artigo 37^o. (FREITAS, 2010).

A referida lei torna a licitação obrigatória no âmbito da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (FREITAS, 2010).

Antes da edição da Lei 8.666/93, qualquer conduta que fosse praticada em detrimento do erário público e da moralidade administrativa, com relação à contratação da Administração Pública, deveria encontrar tipicidade no Código Penal, onde, na maioria das vezes, as disposições eram esparsas, resumidas basicamente em três tipos penais e não davam uma resposta penal mais severa, adequada à conduta dos ofensores. (FREITAS, 2010).

Veio a Lei de Licitações como resposta à necessidade de tratamento específico das licitações e contratos pactuados pelo poder público, não só em matéria penal, e sim de forma mais abrangente possível, versando, pois, sobre vários ramos do direito, podendo-se dizer, por consequência, que se trata de lei multidisciplinar. (FREITAS, 2010)

A lei 8.666/93 trouxe então a tutela penal específica, prevendo condutas típicas específicas, para aqueles que ofenderem a moralidade administrativa e outros bens jurídicos ligados diretamente com a matéria licitatória⁷. Condutas típicas possíveis de serem aplicadas desde o início da licitação até a sua finalização. Tal representou uma grande inovação e avanço na disciplina penal das contratações da Administração Pública. (FREITAS, 2010).

Convém, todavia, fazer rápidas observações sobre os crimes previstos no Estatuto. Em primeiro lugar, verifica-se que são severas as sanções penais no caso do cometimento dos delitos, bem mais severas, aliás, do que as previstas em tipos idênticos de leis penais anteriores. Outro aspecto a ser considerado consiste na aplicação do direito intertemporal. De fato, alguns dos tipos penais previstos no Estatuto constavam do Código Penal e de leis extravagantes. Estes tipos foram revogados pela nova lei. Mas o Estatuto caracteriza-se como lei especial, de modo que continuam vigentes as normas penais de caráter gerais, não absorvidas nos tipos relacionados naquele diploma. (CARVALHO FILHO, 2014).

Observa-se que a contratação pública, quando desrespeita o que está estabelecido na Lei de Licitações é facilitador para que ocorram comportamentos corruptivos.

O termo corrupção, desse modo, passou a significar o ato de desvirtuamento ou de degradamento de uma regra socialmente ativa. Ou seja, o conceito de corrupção só existe por que existe um conceito antônimo. Eis a situação de fato que representa o termo honestidade. Um ser honesto é um ser decente, que age ou se omite conforme a regra geral ensina. (SIMÃO NETO, 2014).

E esta “chaga”, a da corrupção, está muito presente em nossa realidade social.

Quando a corrupção encontra-se dispersa em todo o corpo político e mesmo tolerada pela comunidade, as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disto, haja vista que as estruturas dos poderes instituídos se ocupam, por vezes, com os temas que lhes rendem vantagens seja de grupos, seja de indivíduos, do que com os interesses públicos vitais existentes: hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida por que são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipossuficiência material não podem se alimentar porque os recursos de programas sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da Sociedade Civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários à aquisição de material escolar em face dos desvios de recursos para outros fins, e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequadas. (LEAL, 2013, p. 33).

Daí a importância da pesquisa e estudo da Lei de Licitações, em seu aspecto criminal, especificamente no que diz respeito aos contratos públicos, seus reflexos, com relação às patologias corruptivas.

Os anseios sociais são a moralidade pública, como também a aplicação dos demais princípios da Lei de Licitações, com objetivo de preservação do erário público. E, havendo desvios deste tipo de finalidade, como consequência, a tipificação criminal de algumas condutas, da punição dos responsáveis, tem como objetivo afastar os danos que estes comportamentos, muitas vezes de índole corruptiva, causam a administração pública como um todo.

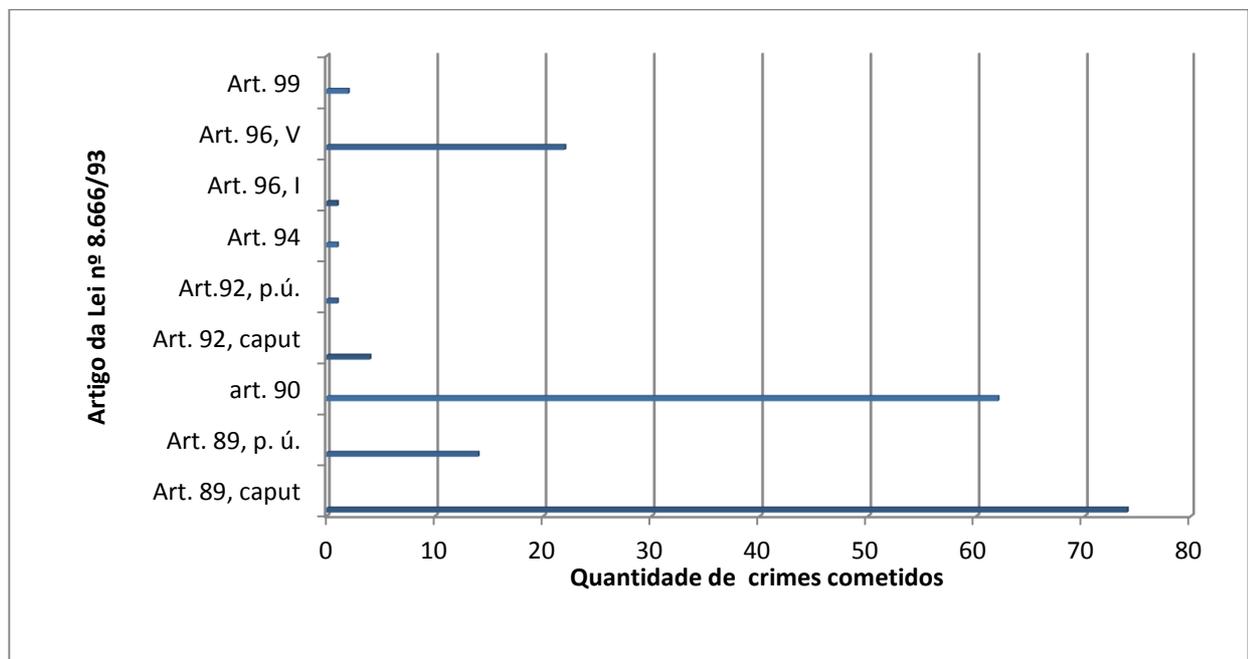
Pode-se questionar a natureza das penas adotadas na nova legislação. Existiria um descompasso entre o espírito da nova legislação e os princípios para os quais se volta o Direito Penal. Tratando-se da chamada “criminalidade econômica”, a Lei poderia ter utilizado mais amplamente sanções de cunho pecuniário ou restritivas de direito e deixar em segundo plano as penas privativas de liberdade. Deve-se considerar que as condutas reprimidas apresentam uma danosidade e um grau de reprovabilidade valorados como de extrema gravidade. A opção legislativa retratou uma vocação da sociedade. Afinal, em épocas como a presente, seria o supremo escárnio que o criminoso pudesse livrar-se da cadeia através do pagamento de

importâncias em dinheiro. A Lei determinou, como regra, a incidência da multa, mas cumulada com pena privativa de liberdade. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1031).

3.1 Pesquisa jurisprudencial: conclusões.

A pesquisa inicial, realizada em 19.8.2014, no site oficial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (www.tjrs.jus.br), na sessão “Pesquisa de Jurisprudência”, ferramenta “Busca Unificada” e selecionada a “Seção crime”. Na caixa de texto foram introduzidas as expressões: “lei nº 8.666/93” (com aspas), que obteve 77 resultados, destes 39 até 2010; e “lei de licitações”(com aspas), que obteve 43 resultados, destes 28 até 2010(analisamos 67 acórdãos, destes 12 eram concomitantes , já que a pesquisa foi feita com duas expressões que remetem a mesma lei, o que poderia levar ao mesmo acórdão.). Buscamos diagnosticar quais os tipos da Lei de licitações que possuem maior incidência no Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul.

Gráfico 1 – Os crimes da Lei de Licitação no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul desde de 2010



Fonte: gráfico elaborado pelas autoras a partir de informações recolhidas após pesquisa jurisprudencial realizada no TJRS.

3.2 Crimes específicos: análise dos artigos 89 e 90 da Lei de Licitações

Com relação a objetividade jurídica do art. 89: o tipo penal busca, especialmente, garantir que a inexigibilidade ou a dispensa de licitação ocorra em situações excepcionais. Objetivando preservar a moralidade administrativa que ficará lesada com a prática das condutas que estão descritas neste tipo penal incriminador.

Bem jurídico ofendido nesse crime (art. 89) relaciona-se somente com as pessoas listadas no art. 85 da lei. Não se visualiza nesta norma penal ofensa à bem jurídico que pertence a particular ou outra pessoa além das listadas no art. 85 da Lei nº 8.666/93.⁸

Observa-se que o crime quando praticado, poderá não gerar nenhuma consequência prejudicial ao patrimônio do ente contratante, pois o contratado pode ter oferecido preços de mercado ao serviço ou produto fornecido. Ocorre que, em algumas vezes, não raras vezes, a contratação direta indevida pode vir acompanhada de um superfaturamento de preços, de desvios de verba pública, de crimes de corrupção, dentre outros correlatos.

Casos em que, além da sanção civil estabelecida no art. 25, § 2º⁹, da Lei 8.666/93, poderá ocorrer concurso de crimes do art. 89 da Lei de Licitações com outras infrações penais que tenham ocorrido.

Geralmente quando ocorre concurso de crimes poderá ser com o crime de peculato (312 CP), formação de quadrilha ou bando (288 do CP), ou com alguma modalidade de delito prevista no Decreto-lei nº 201/67, que é o dec. Lei que estabelece os crimes de responsabilidade de prefeito se vereadores.

Porém, máxime na situação de superfaturamento de preços, jamais poderá ser com o art. 96 da lei 8.666/93, pois nestes temos como elementar do tipo a expressão “licitação instaurada”, o que evidentemente, não se observa no art. 89 da lei, em que não houve licitação.

As referidas condutas exigem uma qualidade especial de o sujeito ativo: ser servidor público – art. 83 da Lei (crimes próprios). Nos crimes de mão própria (modalidade de crimes próprios) há uma exigência no tipo penal de que a conduta nele disposta seja executada diretamente pelo sujeito que reúne as qualidades dispostas na norma, razão pela qual também são chamados de crimes de atuação pessoal.¹⁰

Fato de determinada condutas ser tida como crime próprio não afasta a possibilidade de também ser praticada por aqueles que não detêm a qualidade exigida no tipo penal, para o sujeito ativo – desde que estejam em concurso de pessoas – coautoria e participação, - com aquele que possui esta qualidade.¹¹

Nos crimes de mão própria há uma exigência no tipo penal de que a conduta nele disposta seja executada diretamente pelo sujeito que reúne as qualidades dispostas na norma, razão pela qual também são chamados de crimes de atuação pessoal.¹²

A realização concreta deste crime somente poderá ser por meio daquele servidor público que é o emissor da decisão final de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ou daquele servidor a quem diretamente se atribuir a omissão da formalidade relacionada á dispensa ou inexigibilidade. Outros servidores públicos poderão concorrer para tais condutas, mas apenas na qualidade de partícipes. Ex: aquele servidor que ratifica o ato de dispensa ou inexigibilidade.¹³

O sujeito passivo no sentido abrangente é o Estado. Especificamente é a pessoa jurídica na qual se observou a dispensa ou inexigibilidade indevida, ou a omissão das formalidades que são pertinentes. Podendo ser qualquer um dos entes do art. 85 da Lei.¹⁴

O parágrafo único do art. 89 exige além da prova da coautoria ou participação, seja ainda demonstrado que o concorrente auferiu vantagem, benefício, consistente em celebrar o contrato com o Poder Público. (FREITAS, 2010).

Tipo exige além da prova da coautoria ou participação, seja ainda demonstrado que o concorrente auferiu vantagem, benefício, consistente em celebrar o contrato com o Poder Público. (FREITAS, 2010).

O sujeito ativo é toda e qualquer pessoa física que tenha concorrido para a consumação direta indevida ou daí tenha extraído algum benefício. Desde que não seja o titular da competência para deliberar sobre a não adoção da licitação numa hipótese em que esta era necessária.

Observa-se que existe uma relação de dependência entre a consumação do crime do parágrafo único e do caput do art. 89. Somente pode haver a tipificação da conduta do particular contratado sem licitação (art. 89, parágrafo único) se for reconhecido que um agente estatal cometeu o crime de dispensar ou inexigir indevidamente a licitação (art. 89, caput).¹⁵

O art. 90 poderá ter como sujeito ativo tanto o particular que participa da licitação quanto o servidor público que intervir na fase interna ou externa da licitação. O tipo penal do art. 90 envolve concurso de agentes.

Não é necessário que ocorra a efetiva frustração ou fraude que comprometa a eficácia total da licitação. Sendo suficiente que alguns aspectos do certame sejam atingidos. Crime aperfeiçoa-se inclusive quando o acordo destina-se a excluir da disputa participantes

em potencial e inexistir uma definição prévia sobre qual dos concertantes será o vencedor.¹⁶ A invalidação do certame não exclui a configuração de crime.¹⁷

Abstract

In the ensuing study it was sought to demonstrate that the organization of public bidding is a fertile soil and routinely used for the broadcast of corruptive acts and reflections of this framework in society. Initially it was sought to demonstrate the intimate connection bids have with constitutional principles and expose other principles that must be observed in these processes. Afterwards it was approached the issue of corruption in biddings, its history and the Brazilian situation regarding this theme. Then, it was analyzed in a general and historical way the crimes defined in the Public Bidding Law, and it was exposed the research results conducted at the Court of Justice of Rio Grande do Sul (TJRS) on the subject of bidding crime. Lastly, it were analyzed the two higher incidences of criminal types in a more specific and deep arrangement.

Keywords: Public Administration. Corruption. Crime. Biddings. Constitutional principles.

Notas:

¹ 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 lhe são correlatos.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 282. Procedimento formal não se confunde com formalismo, este é caracterizado por exigências inúteis ou desnecessárias. Omissões ou irregularidades irrelevantes, desde que não causem prejuízo a Administração ou aos licitantes, não pode ser motivo de nulidade.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 283. Não confundir a abertura da documentação e das propostas (sempre ato público) com seu julgamento, o qual poderá ser realizado em recinto fechado e sem a presença do interessados, para que os julgadores tenham mais tranquilidade na apreciação e para que haja livre discussão acerca das questões.

⁴ DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais es*. Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 291. A promiscuidade entre o público e o privado remonta a vinda de D. João VI, fugindo das tropas de Napoleão Bonaparte, em 1808. A cidade do Rio de Janeiro que então, se tornou, por breve período, a capital do Império, assistiu a Coroa, endividada, literalmente “vender” títulos de nobreza como de barão, visconde e conde, com as benesses que garantiam aos seus titulares nas relações com o Poder Público. Eram, por vezes, proprietários de terras, comerciantes e, inclusive, traficantes de escravos, sendo o Brasil (já depois da Independência), e para a vergonha mundial, o último país a proibir a escravidão e o tráfico de negros de 1888.

⁵ 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.

⁶ 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: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

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: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

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 apresentação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

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: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

⁶ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Crime na Lei de licitações. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1-4 : Ressalta-se no presente que a disciplina licitatória chegou ao ápice com a Constituição Federal de 1988, pois nela estão três importantes referências diretas a este tema: art. 22, XXVII, art. 37, XXI e art. 175, como também uma referência indireta: art. 195, § 3º, que estão vigentes atualmente.

⁷ 25In <http://noticias.r7.com/brasil/policia-federal-investiga-contratos-publicos-que-somam-r-156-bi-27012014>, acesso em 17/02/2014. A PF Polícia Federal (PF) investiga contratos da administração pública que somam R\$ 15,6 bilhões em investimentos do Tesouro por suspeita de fraudes e corrupção. O acervo de negócios sob investigação com dinheiro da União atingiu marco histórico no desempenho da corporação em 2013. É a primeira vez que a PF divulga o mapeamento das investigações de crimes contra os cofres públicos. Há 12.870 inquéritos em curso em todo o País que apuram delitos dessa natureza — peculato, desvios, violação à Lei de Licitações por cartéis e outros atos lesivos ao patrimônio público. Esse número representa quase 12% de todas as investigações da PF, que totalizam 108.822 inquéritos. A Região Nordeste é a mais afetada pela ação do crime organizado. Ela concentra 5.371 inquéritos, 41,7% dos procedimentos. A PF atribui essa demanda ao fato de a União destinar mais constantemente um maior volume de verbas para cidades e Estados sob a tutela da carência e da exclusão. "É uma questão de proporcionalidade", afirma a corporação. O Distrito Federal é onde a PF mantém sob suspeita contratos que manejam o maior volume de recursos: R\$ 5,85 bilhões. O argumento é que Brasília aloja a rede de ministérios e autarquias federais, fontes de dinheiro para projetos e programas de toda sorte e natureza que atendem a emendas parlamentares e pleitos de gestores estaduais e municipais.

⁸ Art. 85. As infrações penais previstas nesta Lei pertinem às licitações e aos contratos celebrados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, e quaisquer outras entidades sob seu controle direto ou indireto.

⁹ Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou prestador de serviço e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

¹⁰ Essa exigência de realização pessoal em tais crimes faz com que o terceiro só possa concorrer para tal prática na qualidade de partícipe – participação necessária. Crimes de mão própria também não admitem autoria mediata e nem coautoria, pois o conteúdo do injusto está especificamente na realização da atividade proibida, que é pessoal e indeclinável.

¹¹ Observa-se que nos crimes próprios o autor direto ou executor (o que executa diretamente o verbo do tipo penal) do crime não necessita ser aquele que reúne as qualidades exigidas no tipo penal (funcionário público). Podendo ser terceiro concorrente (partícipe). Basta que para a prática de um crime próprio que o executor, de alguma forma concorra para o crime, situação em que o terceiro concorrente venha com este último praticar o crime próprio, também será punido por tal prática. Comunicação de elementares e circunstâncias – art. 30 do CP.

¹² Essa exigência de realização pessoal em tais crimes faz com que o terceiro só possa concorrer para tal prática na qualidade de partícipe – participação necessária. Crimes de mão própria também não admitem autoria mediata e nem coautoria, pois o conteúdo do injusto está especificamente na realização da atividade proibida, que é pessoal e indeclinável.

¹³ Quando observa-se que o executor direto deste crime deve ser um servidor público, não estamos informando que esse servidor deve ser o que tenha, dentro da estrutura administrativa a atribuição ou “competência” para contrata diretamente com dispensa ou inexigibilidade de licitação. É possível também a autoria por servidor que não detenha a atribuição para ordenar a dispensa ou inexigibilidade de o torneio e, mesmo assim, o faz. FREITAS, André Guilherme Tavares de. Crime na Lei de licitações. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, P. 55, 56.

¹⁴ Doutrina analisa e menciona que o particular que se viu impossibilitado de participar da licitação e, de futura contratação, em razão da indevida dispensa ou inexigibilidade levada a efeito, também seria sujeito passivo deste crime: Doutrinador Freitas não concorda, pois o âmago do mesmo é a proteção da moralidade administrativa. Bem jurídico que tem como titular a pessoa jurídica no bojo da qual se observou a ilegalidade. Não o particular externo á estrutura administrativa. Poderá ser visto como lesado somente através de conjecturas e presunções, e não com a análise objetiva do fato delituoso. FREITAS, André Guilherme Tavares de. Crime na Lei de licitações. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, P. 58.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p P. 1040. O reconhecimento da não configuração do crime tipificado no caput do art. 89 conduz à automática atipicidade de qualquer conduta praticada pelo sujeito contratado diretamente pela Administração Pública. No entanto: a configuração do crime do caput do art. 89 não implica a automática existência do crime do parágrafo único. Os tipos penais são diversos e é possível que exista apenas o crime do caput e não estejam presentes os elementos previstos no parágrafo único.

¹⁶ O tipo penal do art. 90 não se confunde com o crime previsto no art. 95, que atinge o comportamento praticado diretamente perante o terceiro, que é o potencial competidor. No art. 90 o ajuste é ignorado pelo terceiro, cuja exclusão tem-se como objetivo se obter mediante ajuste, combinação ou outro expediente. No art. 95, o terceiro é afastado através de fraude praticada relativamente a ele. Art. 95. Afastar ou procura afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

¹⁷ RHC nº 18.598/RS, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz., j. em 06.11.2007, DJ de 10.12.2007: A anulação do certame licitatório, em razão do evidente ajuste prévio entre os licitantes, não afasta a tipicidade da conduta prevista no art. 90 da Lei nº 8.666/93.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2014.
- DELMANTO, Roberto; DELAMNTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. Leis penais es. ED. Atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DA SILVA, Jorge. Criminologia Crítica – Segurança Pública e Polícia. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- FREITAS, André Guilherme Tavares de. Crime na Lei de licitações. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa. 7. Ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. Ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- LEAL, Rogério Gesta. Patologias corruptivas nas relações ente Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36. Ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2012.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- SIMÃO NETO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática: de acordo com a Lei nº 12.846 de 01 de agosto de 2013, com a lei complementar nº 135 de junho de 2010: Ficha Limpa. 2ª. Ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

Sobre as autoras:

Caroline Fockink Ritt é Mestre em Direito e Professora da UNISC, membro do Grupo de Pesquisa *Estado, Administração Pública e Sociedade*, coordenado pelo Prof. Titular Dr. Rogério Gesta Leal, bem como pesquisadora do projeto de pesquisa intitulado PATOLOGIAS CORRUPATIVAS NAS RELAÇÕES ENTRE ESTADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SOCIEDADE: causas, consequências e tratamentos. Autora de vários artigos em revistas jurídicas especializadas e coautora do livro o Estatuto do Idoso: aspectos sociais, criminológicos e penais, em coautoria com Eduardo Ritt, pela Editora Livraria do Advogado, em 2008. Organizadora do livro eletrônico: Temas atuais no direito penal e processual penal; juntamente com os colegas Eduardo Ritt e Edison Botelho, pela EDUNISC. Coordena o projeto de extensão - Direitos da Mulher Agredida - desenvolvido junto à Delegacia de Polícia de Santa Cruz do Sul/RS, na sua segunda edição (2014).E-mail: rittcaroline@unisc.br carolineritt@viavale.com.br

Bruna Henrique Hubner é graduanda em Direito da UNISC, bolsista de iniciação científica do Prof. Dr. Rogério Gesta Leal e membro do projeto de pesquisas intitulado PATOLOGIAS CORRUPATIVAS NAS RELAÇÕES ENTRE ESTADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SOCIEDADE: causas, consequências e tratamentos. Bruna.hubner@outlook.com