



Mirian Luiza Coelho Miranda Carvalho

**CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: casos
possíveis no processo de licitação**

**IPATINGA/MG
2020**

MIRIAN LUIZA COELHO MIRANDA CARVALHO

**CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: casos
possíveis no processo de licitação**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade de Direito de
Ipatinga, como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Teophilo Araújo.

**FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA
IPATINGA/MG
2020**

*Dedico este trabalho aos meus pais,
Marcos e Maria Aparecida (in memoriam),
por terem me guiado sempre pelo
caminho do amor, da verdade e da
honestidade.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela vida, por cuidar de mim, por me livrar de todos os males e por não ter deixado que eu desistisse de lutar pelos meus objetivos.

Aos meus pais, Marcos Paula e Maria Aparecida, agradeço por todo apoio durante essa jornada, por acreditarem em mim e por me ensinarem a me tornar a cada dia uma pessoa melhor.

Ao meu marido, Jhone Cristiano Carvalho, agradeço por todo amor e compreensão ao longo de todo o caminho percorrido até aqui.

À minha madrastra, Maria Conceição, agradeço pelo apoio e incentivo aos estudos.

Por fim, ao professor Teophilo Araújo, agradeço por ter me acolhido de braços abertos como sua orientanda.

RESUMO

A presente monografia trata acerca dos crimes passíveis de serem praticados contra a Administração Pública no curso do processo de licitação. A hipótese principal deste trabalho visa demonstrar quais os princípios regem a Administração Pública de acordo com a Constituição Federal, o que é o processo de licitação, quais os princípios norteadores do processo licitatório e suas particularidades de acordo com a Lei 8.666/93. Visa demonstrar, ainda, qual a finalidade de tal procedimento e, especialmente, abordar os crimes que podem ser praticados no curso do processo de licitação, caso haja a quebra de suas regras e de seus princípios. Para tanto, serão destacadas posições doutrinárias acerca do tema, bem como entendimentos jurisprudenciais relativos ao assunto.

Palavras-chave: Administração Pública. Licitação. Constituição Federal. Princípios. Processo Licitatório. Crimes. Lei 8.666/93.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CR – Constituição da República

E. - Egrégio

Lei 8.666 – Lei de Licitações

MP – Ministério Público

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	8
2.1 Administração Pública em sentido amplo	8
2.2 Administração Pública em sentido estrito	9
3 DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	10
4 LICITAÇÃO.....	12
4.1 Conceito e finalidade	12
5 PRINCÍPIOS DO PROCESSO LICITATÓRIO	13
6 HIPÓTESES DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PREVISTAS EM LEI	14
7 DOS CRIMES PASSÍVEIS DE SEREM PRATICADOS NO CURSO DO PROCESSO DE LICITAÇÃO - LEI 8.666/93.....	19
8 DOS CRIMES CONTRA A LICITAÇÃO NO CÓDIGO PENAL	22
9 DA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA	24
10 CASOS DE ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO	28
11 CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIAS.....	32

1 INTRODUÇÃO

Muito se ouve falar a respeito do processo licitatório como sendo o procedimento através do qual a Administração Pública realiza formalmente a contratação de serviços e a compra de produtos de forma menos onerosa ao Poder Público.

Diante dessa consideração inicial, o intuito do presente trabalho, é abordar os princípios que regem a Administração Pública e o processo licitatório.

Além da análise desses princípios, este trabalho também tem como objetivo demonstrar a forma como o agente público deve atuar no exercício da atividade administrativa, bem como analisar os crimes que podem ser praticados no curso do processo de licitação e as penalidades que poderão ser aplicadas ao agente, caso haja a quebra de seus princípios e regras.

Outro ponto relevante que também será abordado na presente monografia refere-se ao fato de que embora seja desejável que o agente público atue de maneira íntegra no exercício de sua atividade, parte da sociedade ainda desconhece o fato de que a atuação do agente público especialmente no curso do processo licitação deve ser pautada pela obediência aos princípios constitucionais que regem toda a atividade administrativa.

Assim, mostra-se evidente a relevância do tema ora em análise, haja vista que grande parte da população sequer possui conhecimento de como funciona o processo de licitação, ou desconhecem o motivo pelo qual ele existe.

Deste modo, o objetivo do presente trabalho nada mais é do que demonstrar a importância da Administração Pública para a sociedade e abordar quão necessário se faz que o procedimento licitatório seja realizado com o rigor que a Lei exige, ou seja, livre de irregularidades.

Neste ponto, convém mencionar, ainda, que apesar de o serviço público ser exercido por seus agentes, a coisa pública não tem dono e, assim, não pertence a ninguém de forma individualizada. Por essa razão, todo agente público deve atuar pautado pela ética e deve ser responsabilizado com o necessário rigor, caso atue de forma temerária e contrária aos princípios que regem Administração Pública.

Para a realização do presente, será abordado o que dispõe a legislação vigente, a doutrina e a jurisprudência pátria acerca do tema em análise.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Conceito

De início, cabe designar um conceito sobre o que de fato vem a ser a Administração Pública.

Consoante o conhecimento absorvido ao longo de toda a trajetória acadêmica, pode-se definir como Administração Pública, todo o aparato Estatal utilizado para a prestação de serviços e gestão dos bens públicos, destinados a atender os interesses da coletividade ou da comunidade. Deste modo, nada mais é a Administração Pública do que a atividade desenvolvida pelo Estado ou por seus delegados, sob o regime de Direito Público.

Abordado tal conceito, importa também definir o que significa Administração Pública em sentido amplo e em sentido estrito de acordo com a doutrina brasileira.

2.1 Administração Pública em sentido amplo

Superado o conceito inicial de Administração Pública, consoante descrito acima, passa-se à análise do conceito de Administração Pública em sentido amplo e em sentido estrito.

Sobre o conceito de Administração Pública em sentido amplo, os doutrinadores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2011, p. 18) em sua obra, *Direito Administrativo Descomplicado*, assim a definem: “Administração Pública em sentido amplo abrange os órgãos de governo que exercem função política, e também os órgãos e pessoas jurídicas que exercem função meramente administrativa. Deve-se entender por função política, neste contexto, o estabelecimento das diretrizes e programas de ação governamental, dos planos de atuação do governo, a fixação das denominadas políticas públicas. De outra parte, função meramente administrativa resume-se à execução das políticas públicas formuladas no exercício da referida atividade política”.

2.2 Administração Pública em sentido estrito

No tocante à Administração pública em sentido estrito, os doutrinadores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2011, p. 18), em sua obra, assim a definem: “Administração Pública em sentido estrito só inclui os órgãos e pessoas jurídicas que exercem função meramente administrativa, de execução dos programas de governo. Ficam excluídos os órgãos políticos e as funções políticas, de elaboração das políticas públicas”.

Vê-se, portanto, que de acordo com as definições acima, tanto pode a Administração Pública abranger os órgãos de governo que exercem função política ou função meramente administrativa (administração pública em sentido amplo), como pode abranger apenas os órgãos e pessoas jurídicas que exercem função meramente administrativa, de execução, excluindo-se os órgãos políticos e as funções políticas (administração pública em sentido estrito).

3 DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Consoante mencionado em tópico anterior, sendo a Administração Pública todo o aparato Estatal utilizado para a prestação de serviços e gestão dos bens públicos, destinados a atender os interesses da coletividade ou da comunidade, necessário se faz que o exercício da atividade administrativa seja pautado por princípios dos quais os seus agentes não podem e não devem se afastar.

Com efeito, os princípios que norteiam a Administração Pública podem estar expressos no texto legal, assim como podem estar implícitos.

Acerca desses princípios, a Constituição da República expressamente dispõe em seu artigo 37, *caput*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”. (BRASIL, 1988).

Assim, diante do que consagra a Carta Magna, observa-se que os princípios basilares da Administração Pública que estão expressos no texto constitucional são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Diante de tal contexto, pode-se afirmar que o princípio da **legalidade** nada mais significa do que a obrigatoriedade de que a atuação administrativa seja sempre pautada na lei, ou seja, para toda e qualquer ação estatal, é necessária a subordinação ao comando legal de modo que o agente público somente pode fazer aquilo que está previsto em lei.

No tocante ao princípio da **impessoalidade**, este traduz o sentido de que toda atuação do agente público deve visar atingir os interesses da coletividade, não podendo se destinar a beneficiar ou a prejudicar individualmente nenhuma pessoa, nem beneficiar a si próprio.

O princípio da **moralidade**, por sua vez, retrata a ideia de que o agente público deve pautar suas ações primando pela honestidade, probidade e boa-fé, ou seja, deve preservar a coisa pública evitando comportamentos corruptos, ilícitos e imorais.

Por seu turno, o princípio da **publicidade** quer dizer que o ato administrativo somente terá eficácia e estará apto a produzir seus efeitos quando for publicado. Desta forma, o princípio da publicidade exige a transparência da atuação administrativa de modo que todos dela tenham conhecimento.

O princípio da **eficiência**, por sua vez, significa que a atividade administrativa deve ser bem desempenhada, de forma que os resultados visados sejam alcançados e beneficiem a coletividade de forma menos onerosa ao Estado, ou seja, o fim perseguido pela Administração Pública deve ser atingido de maneira mais eficiente e menos penosa.

Já em relação aos princípios implícitos, isto é, aqueles que não estão previstos no rol do artigo 37 da CR/88, mas que estão intimamente relacionados à atividade administrativa, podem ser mencionados os seguintes princípios: **princípio da supremacia do interesse público, princípio da indisponibilidade do interesse público, princípio da continuidade de serviço público, o princípio da proporcionalidade, princípio da segurança jurídica**, entre outros.

Convém mencionar, neste ponto, que independente de se tratar de princípio expresso ou implícito, todo agente público deve sempre respeitá-los como forma de preservar o bom desenvolvimento da atividade administrativa, seja o ato por ele praticado simples ou complexo.

4 LICITAÇÃO

4.1 Conceito e finalidade

Feito um breve relato acerca do conceito de Administração Pública e demonstrados quais são os seus princípios norteadores, passa-se a analisar o conceito de licitação e seus principais aspectos.

Sobre o conceito de licitação, o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho em sua obra, Manual de Direito Administrativo, assim a conceitua:

Podemos conceituar a licitação como o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 181).

Por sua vez, os doutrinadores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo assim a definem em sua obra:

A doutrina conceitua licitação como um procedimento administrativo, de observância obrigatória pelas entidades governamentais, em que, observada a igualdade entre os participantes, deve ser selecionada a melhor proposta dentre as apresentadas pelos interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, uma vez preenchidos os requisitos mínimos necessários ao bom cumprimento das obrigações a que eles se propõem. (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 562).

Considerando, desse modo, o conceito de licitação trazido pela doutrina, pode-se afirmar que a sua finalidade precípua é a seleção da proposta mais vantajosa aos interesses da Administração Pública e o tratamento isonômico aos que dela participam, ou seja, conferir igual oportunidade a todos aqueles que têm o desejo de contratar com o Poder Público, livre de predileções de qualquer tipo.

5 PRINCÍPIOS DO PROCESSO LICITATÓRIO

Abordado o conceito de licitação, passa-se a discorrer sobre os princípios do processo licitatório de acordo com o que dispõe a legislação vigente.

A Lei 8.666/1993, lei que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, em seu art. 3º, assim prescreve:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010. (BRASIL, 1993).

Analisando-se o referido dispositivo, nota-se que ele enuncia os princípios básicos que regem o procedimento licitatório, sendo eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

Percebe-se, pois, que os princípios que regem a licitação segundo a Lei 8.666/1993 não se dissociam dos princípios que regem a Administração Pública previstos no rol do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, ou seja, não se afastam dos princípios inerentes a toda atividade administrativa.

Assim, resta claro que agente público que atua no processo de licitação deve agir de forma íntegra e proba em toda a sua atuação funcional, zelando pela obediência aos princípios previstos tanto na Carta Magna, como na Lei de Licitações.

6 HIPÓTESES DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO PREVISTAS EM LEI

Superada a fase conceitual e principiológica da Administração Pública e do processo licitatório, necessário se faz adentrar no mérito dos crimes passíveis de serem praticados no curso do processo de licitação e das penalidades que poderão ser aplicadas caso sejam praticados esses crimes.

Antes, contudo, de se discorrer sobre os crimes que podem vir a serem praticados durante a licitação, é importante mencionar os casos em que a não realização do procedimento licitatório não acarretará responsabilização ao agente público.

É sabido que a licitação se refere a um procedimento administrativo prévio, que obrigatoriamente deve ser realizado quando a Administração Pública tiver o interesse de contratar obras e serviços, bem como de efetuar compras ou locações com terceiros.

A exceção quanto à obrigatoriedade da licitação está prevista expressamente na Lei 8.666/93 em seus artigos 24 e 25, que enunciam as hipóteses em que a licitação é dispensável ou inexigível.

O art. 24 da Lei 8.666/93 ao prever os casos em que a licitação é dispensável assim determina:

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços; (Vide § 3º do art. 48)

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional; (Regulamento)

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de

movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei: (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XXI - para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea "b" do inciso I do **caput** do art. 23; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida. (Incluído pela Lei nº 10.973, de 2004)

XXVI - na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública. (Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007). (Vigência)

XXVIII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão. (Incluído pela Lei nº 11.484, de 2007).

XXIX - na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força. (Incluído pela Lei nº 11.783, de 2008).

XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal. (Incluído pela Lei nº 12.188, de 2.010) Vigência

XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

XXXII - na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)

XXXIII - na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

XXXIV - para a aquisição por pessoa jurídica de direito público interno de insumos estratégicos para a saúde produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, nos termos do inciso XXXII deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

XXXV - para a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de Estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública. (Incluído pela Lei nº 13.500, de 2017)

§ 1º Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)

§ 2º O limite temporal de criação do órgão ou entidade que integre a administração pública estabelecido no inciso VIII do caput deste artigo não se aplica aos órgãos ou entidades que produzem produtos estratégicos para o SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)

§ 3º A hipótese de dispensa prevista no inciso XXI do caput, quando aplicada a obras e serviços de engenharia, seguirá procedimentos especiais instituídos em regulamentação específica. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016) Regulamento

§ 4º Não se aplica a vedação prevista no inciso I do caput do art. 9º à hipótese prevista no inciso XXI do caput. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016). (BRASIL, 1993).

O art. 25 da Lei de Licitações, por sua vez, dispõe sobre os casos em que a licitação é inexigível, nestes termos:

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 o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. (BRASIL, 1993).

Considerando os artigos acima transcritos, constata-se que se determinado órgão da Administração Pública realizar a contratação de determinado serviço ou a compra de determinado produto sem que antes tenha sido realizado o procedimento licitatório, desde que a hipótese se enquadre nos casos acima elencados (licitação dispensável ou inexigível), não estará o agente público vinculado àquele órgão sujeito a nenhuma sanção, já que a Lei prevê expressamente os casos em que a licitação é dispensável ou inexigível.

Ressalte-se, contudo, que somente nessas hipóteses não haverá punição do agente, nem estará caracterizado crime contra a licitação ou contra a Administração Pública, pois, caso não seja realizada a licitação nos casos em que ela é obrigatória, o agente público ou o terceiro a ele vinculado que desacatar o comando legal, deverá ser punido por esta conduta.

7 DOS CRIMES PASSÍVEIS DE SEREM PRATICADOS NO CURSO DO PROCESSO DE LICITAÇÃO - LEI 8.666/93

Elencados os casos em que a licitação é legalmente dispensável ou inexigível, passa-se a analisar os crimes passíveis de serem praticados no curso do processo de licitação e suas penalidades.

A Lei 8.666/93 prevê em seus artigos 89 a 99 uma série de infrações penais contra a licitação, das quais podem ser sujeitos ativos os licitantes, os servidores públicos e as pessoas a eles vinculadas. Senão, vejamos:

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.

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 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.

Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.
§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.
§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal. (BRASIL, 1993).

Observa-se, portanto, que de acordo com os artigos acima elencados, o agente que dispensar ou inexigir a licitação fora das hipóteses previstas em lei, assim como impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato do procedimento licitatório ou, ainda, que se abster ou desistir de licitar, em razão de vantagem oferecida, dentre outras condutas, deverá responder penalmente pela conduta atentatória ao procedimento licitatório.

Assim, depreende-se a importância de se obedecer ao que determina a Lei de Licitações, pois, uma conduta má praticada poderá ensejar a aplicação diversas penalidades ao agente público ou aos participantes do certame, não podendo eles alegar o desconhecimento da Lei com o intuito de se beneficiarem ou de terem afastadas as sanções que a Lei impõe.

É justamente aí que se demonstra a necessidade de a sociedade ter conhecimento acerca de como deve ocorrer um processo de licitação, para que possa, inclusive, denunciar a prática de abusos pelos agentes públicos que venham a infringir suas regras, garantindo assim, um procedimento livre de ilegalidades e que atenda aos anseios da Administração Pública e da sociedade como um todo.

8 DOS CRIMES CONTRA A LICITAÇÃO NO CÓDIGO PENAL

Abordados os crimes contra a licitação previstos na Lei 8.666/93, convém citar o que o Código Penal vigente prevê acerca do tema.

O Código Penal Brasileiro elencou em seu artigo 335 algumas hipóteses de crimes contra a licitação. Nestes termos:

Art. 335 - Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem se abstém de concorrer ou licitar, em razão da vantagem oferecida. (BRASIL, 1940).

Acerca do referido dispositivo, o doutrinador Rogério Greco em sua obra, Código de Penal Comentado, assim descreve:

O art. 335 do Código Penal foi revogado pelos tipos penais constantes dos arts. 93 e 95 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamentou o art. 37, XXI, da Constituição Federal, e instituiu normas de licitações e contratos da Administração Pública. (GRECO, 2012, p. 1011).

A jurisprudência do STJ corrobora o entendimento doutrinário acima apontado, no sentido de que a Lei de Licitações substituiu o art. 335 do Código Penal no que tange à tipificação da **fraude**, veja-se:

CRIMINAL. HC. FRAUDE EM LICITAÇÃO. DESVIO DE RENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 201/67 E ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADA. CONFLITO DE NORMAS. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

I - Evidenciada a prática, in tese, de dois crimes diversos, correta a aplicação de duas sanções cumulativas, não incorrendo, a decisão vergastada, em bis in idem, já que os dispositivos relacionados tutelam bens jurídicos diferentes.

II - A Lei de Licitações substituiu o art. 335 do Código Penal na tipificação da fraude, sendo que a adequação da conduta a um ou outro tipo depende do momento em que aquela foi cometida, antes ou depois da vigência da Lei n.º 8.666/93, em 21/06/1993.

III - O habeas corpus é meio impróprio para exame de alegações que ensejam a análise de material fático-probatório, como a aduzida culpa por negligência ou imperícia ou a inocorrência de quaisquer desvios de bens ou rendas do Município de Imbé/RS, em proveito próprio ou alheio, assim como a inaplicabilidade do art. 90 da Lei nº 8.666/93, pois seria necessária

imprópria análise das condutas dos pacientes em face às suas condições de adquirentes, ou não, dos bens pertencentes ao Estado.

IV - Ordem denegada.

(HC 11.840/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2001, DJ 22/10/2001, p. 336)

Destarte, de acordo com a melhor jurisprudência, aquele que impedir e perturbar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal, bem como afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem também será punido consoante o disposto no art. 335 do Código Penal.

A exceção se aplica, contudo, ao crime de fraude à licitação, ocasião em que o agente será punido com o rigor da Lei de Licitações, não mais se aplicando a esta hipótese, as sanções previstas no art. 335 do Código Penal.

9 DA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Narrados os crimes contra o processo de licitação previstos na Lei de Licitações e no Código Penal, cabe destacar o que diz a jurisprudência pátria sobre o tema.

Sobre a prática de crimes no curso do processo licitatório, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais assim já decidiu em seus julgados:

EMENTA: FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - ART. 90 DA LEI 8.666/93 - DECLARAÇÕES IDEOLOGICAMENTE FALSAS APRESENTADAS À COMISSÃO PROCESSANTE - PREJUÍZO AO ERÁRIO - DESNECESSIDADE DE SUA OCORRÊNCIA - PRECEDENTES DO STJ - RECURSOS DEFENSIVOS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO.

- Tem-se por tipificada a conduta infracional prevista no art. 90 da Lei 8.666, comprovada a exibição, pelos recorrentes, de declarações ideologicamente falsas, emitidas ao propósito de propiciar-lhes a participação em certame licitatório do qual restaram vencedores.

- Constituindo a objetividade jurídica da norma a o resguardo do caráter competitivo do certame, tem-se por tipificada a conduta infracional independentemente da ocorrência de prejuízo ao erário. Precedentes do STJ. (TJMG - Apelação Criminal 1.0317.14.012175-5/001, Relator(a): Des.(a) Matheus Chaves Jardim , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/11/2019, publicação da súmula em 29/11/2019)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR DE DESERÇÃO DO RECURSO. ACOLHIMENTO. FRAUDE AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. COMPROVAÇÃO. DOLO E MÁ-FÉ DOS ENVOLVIDOS. PRESENÇA. SANÇÕES. ART. 12, II, DA LEI Nº 8.429/92. NULIDADE DOS ATOS ORIUNDOS DO PROCESSO FRAUDULENTO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. IMPOSSIBILIDADE. CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO OBJETO DO CONTRATO. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

- A não comprovação do recolhimento do preparo pelo recorrente no momento da interposição do recurso de apelação, acarreta a deserção caso intimado, não venha a recolher em dobro no prazo legal.

- A licitação constitui regra fundamental para a aquisição de bens e serviços, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal, que somente pode ser descumprida em situação excepcional, devidamente autorizada por lei. É patente a responsabilidade do Prefeito, enquanto gestor das contas públicas municipais e ordenador de despesas, pelas irregularidades encontradas no processo licitatório, assim como por aquelas advindas da sua não realização.

- Os membros da Comissão de Licitação são responsáveis pela lisura dos procedimentos licitatórios, incumbindo-lhes agir de forma proba, com a aplicação irrestrita da lei. Nos termos do art. 51, § 3º da Lei Nº 8.666/93, a responsabilidade dos membros da comissão é solidária.

- A ação por ato de improbidade administrativa é meio usual para se atacar judicialmente as ações ou omissões administrativas que causem prejuízo ao

erário, enriquecimento ilícito ou que atentem contra os princípios da administração pública nos termos da Lei nº 8.429/92.

- Restando demonstrado de forma cabal a prática de ato ilícito pelos requeridos passível de aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92, impõe-se a procedência do pedido inicial.

- Comprovado o cumprimento da obrigação objeto do Contrato Administrativo pela empresa ré, não demonstrada qualquer abusividade com relação ao preço praticado, bem como para evitar o enriquecimento sem causa, indevida a devolução da quantia paga em contraprestação pela obrigação cumprida. (v.v.p)

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO: DE OFÍCIO - PROCESSO CIVIL. É obrigatório o reexame necessário das sentenças prolatadas em ação civil pública que reconhece a carência de ação ou julga improcedente o pedido inicial, ainda que parcialmente. (TJMG - Apelação Cível 1.0625.11.007269-5/004, Relator(a): Des.(a) Belizário de Lacerda , 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/05/2019, publicação da súmula em 05/06/2019)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - ARTIGO 90 DA LEI 8.666/93 - PRELIMINAR - AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO CONFIGURAÇÃO - MÉRITO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DOLO DEVIDAMENTE EVIDENCIADO - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA - REDUÇÃO - NECESSIDADE - PRESCRIÇÃO - OCORRÊNCIA.

1. Não há que se falar em cerceamento de defesa por ausência do interrogatório judicial do réu, quando ele próprio não cuidou de comunicar ao Juízo a sua mudança de endereço. Inteligência do artigo 367 do Código de Processo Penal.

2. Tendo o MM. Juiz singular fundamentado de forma clara e inteligível os motivos que o levaram a fixar a pena-base acima do mínimo legal, não há que se falar em nulidade da sentença por ofensa ao artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

3. Restando demonstrado que os acusados fraudaram, mediante utilização de documento público ideologicamente falso, o caráter competitivo de procedimento licitatório, com o intuito de obterem vantagem decorrente de adjudicação do objeto do certame, configurado está o delito do artigo 90 da Lei n.º 8.666/90, impondo a condenação dos agentes

4. Verificando-se que as circunstâncias judiciais do sentenciado foram valoradas de forma equivocada, impõe-se a redução da pena para ajustá-la no patamar suficiente para a reprovação e prevenção do delito. 5. Com a redução da pena, impõe-se a decretação da prescrição quando verificado o lapso prescricional previsto em lei.

V.V. Inexistindo trânsito em julgado da decisão que reduz a pena dos agentes para a Acusação, entende-se que a declaração de extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, deve ser analisada pelo Juízo da Execução. (TJMG - Apelação Criminal 1.0471.11.013508-7/001, Relator(a): Des.(a) Denise Pinho da Costa Val , 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/02/2019, publicação da súmula em 13/03/2019).

Acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça também evidencia de forma clara a responsabilização penal do agente em caso de fraude à licitação, assim como a não responsabilização do agente em caso de inexistência de comprovação do dolo específico de causar dano ao erário, necessário para configuração dos

crimes de dispensa ou inexigibilidade da licitação fora das hipóteses previstas em lei. Veja-se:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis.

2. No caso, a decisão que decretou a prisão preventiva está justificada pois, em decorrência da gravidade em concreto das condutas e da prática reiterada e sistemática dos crimes em questão, a magistrada singular consignou que se tratava de esquema criminoso contra a administração pública que causou sérios prejuízos ao Município de Brodowski/SP. Destacou também o decreto de custódia cautelar a necessidade da prisão, pois os "acusados, por mais de uma vez, compareceram a residência de uma das testemunhas arroladas (fls. 121/124), tentando convencê-la a mudar a versão dos fatos, tudo a indicar que, se soltos, influenciarão na instrução penal e na busca da verdade real". Assim, a prisão se faz necessária para garantir a ordem pública, evitando o prosseguimento das atividades criminosas desenvolvidas. 3. Recurso desprovido.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 119.232 - SP (2019/0307777-1)
RELATOR: MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO RECORRENTE:
PAULO ROBERTO TEIXEIRA MARTINS (PRESO) ADVOGADO: CLÓVIS NOCENTE - SP085651 RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA INAUGURAL QUE NÃO DESCREVE O DOLO ESPECÍFICO DO ACUSADO E OS PREJUÍZOS AO ERÁRIO DECORRENTES DA CONDUTA QUE LHE FOI ASSESTADA. PEÇA VESTIBULAR QUE NÃO ATENDE AOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MÁCULA CARACTERIZADA.

1. O devido processo legal constitucionalmente garantido deve ser iniciado com a formulação de uma acusação que permita ao acusado o exercício do seu direito de defesa, para que eventual cerceamento não macule a prestação jurisdicional reclamada.

2. Ao interpretar o artigo 89 da Lei 8.666/1993, esta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que para a configuração do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei é indispensável a comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário, bem como do prejuízo à Administração Pública.

3. No caso dos autos, verifica-se que o Ministério Público cingiu-se a afirmar que o recorrente participou de procedimento de dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei, deixando de demonstrar o seu dolo específico e os prejuízos que sua conduta teria causado ao erário. 4. Não havendo peça vestibular qualquer menção ao dolo especial do acusado e à ocorrência de danos aos cofres públicos em razão da fraude à licitação a ele imputada, constata-se a inaptidão da exordial. Precedente.

5. Com o reconhecimento da inaptidão da peça vestibular em tela, resta prejudicado o exame da alegada falta de justa causa para a persecução penal.

6. Recurso parcialmente provido para declarar a inépcia da denúncia oferecida na Ação Penal n. 0203331-04.2009.8.26.0515, estendendo-se os efeitos da decisão aos corréus em idêntica situação, na forma do artigo 580

do Código de Processo Penal.
(RHC 115.457/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 02/09/2019).

De acordo com os entendimentos jurisprudenciais acima elencados, verifica-se que em caso de infringência às regras previstas na Lei de Licitações, caso haja o enquadramento do agente nas hipóteses dos artigos 89 a 98 da Lei 8.666/93, estará ele sujeito à aplicação de sanções penais, sem prejuízo da respectiva sanção administrativa aplicável à espécie.

Ainda, de acordo com o entendimento exarado pelo E. STJ é possível afirmar que no tocante aos crimes de dispensa ou inexigibilidade da licitação fora das hipóteses previstas em lei, somente haverá a responsabilização do agente, caso seja possível demonstrar o dolo específico de causar dano ao erário, bem como o prejuízo à Administração Pública.

Incorrendo a comprovação do dolo específico de causar dano ao erário ou o prejuízo sofrido pela Administração Pública, não poderá ser caracterizado o crime de dispensa ou inexigibilidade da licitação fora dos casos previstos em lei.

10 CASOS DE ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO

É sabido que a anulação de um ato administrativo se dá quando se verifica a ocorrência de ilegalidade ou ilegitimidade daquele ato. A revogação, por sua vez, pode ocorrer quando determinado ato válido se torna inoportuno ou inconveniente aos interesses da Administração Pública.

Feitas tais considerações, cabe citar o entendimento doutrinário no que tange à possibilidade de anulação e de revogação da licitação e suas implicações.

Sobre o tema, os doutrinadores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo assim a lecionam em sua obra:

Pois bem, a licitação é um procedimento administrativo, consubstanciando-se, portanto, numa sequência de atos administrativos visando a um fim comum.

Se ocorrer ilegalidade na prática de algum ato do procedimento, esse ato deverá ser anulado, e sua anulação implica nulidade de todas as etapas posteriores do procedimento, dependentes ou consequentes daquele ato.

A Lei 8.666/1993, em seu art. 38, IX, determina que o despacho de anulação da licitação seja fundamentado circunstanciadamente. Em seu art. 49, a lei assevera que a autoridade competente para a aprovação do procedimento deverá anulá-lo por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. A nulidade do procedimento licitatório induz à nulidade do contrato (art. 49, § 2º).

A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar (art. 49, § 1º). Entretanto, a nulidade do contrato não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que a causa da nulidade não lhe seja imputável (ao contratado), promovendo-se a responsabilidade de quem deu causa à nulidade (art. 59, parágrafo único).

A **revogação** da licitação sofre restrições em relação à regra geral aplicável aos atos administrativos.

Com efeito, a regra geral é a possibilidade de Administração Pública, também com base no poder de autotutela, revogar os seus atos discricionários, por motivo de oportunidade e conveniência, ressalvadas somente aquelas hipóteses, estudadas anteriormente no tópico próprio, em que a revogação não é cabível.

Diferentemente, a revogação de uma licitação somente é possível em duas hipóteses:

- a) por motivo de interesse público decorrente de fato **superveniente** devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado (art. 49);
- b) a critério da administração, quando o adjudicatário, tendo sido por ela convocado, no prazo e condições estabelecidos no edital, para assinar o termo de contrato ou aceitar ou retirar o instrumento equivalente, recusar-se a fazê-lo, ou simplesmente não comparecer (art. 64, § 2º).

Evidentemente, depois de assinado o contrato, não se pode mais revogar a licitação. Já a **anulação** da licitação pode ser feita mesmo depois de assinado o contrato e, como visto, a nulidade da licitação implica a nulidade do contrato dela decorrente. (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 646-647).

Considerando, pois, o entendimento doutrinário retro, pode-se afirmar que mesmo após a finalização do procedimento licitatório, este poderá ser anulado, caso seja constatada alguma ilegalidade durante o seu curso, como por exemplo, nos casos da prática dos crimes narrados anteriormente.

De igual modo poderá a licitação ser revogada, desde que haja o interesse público decorrente de fato superveniente e devidamente comprovado.

11 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar, em linhas gerais, os crimes passíveis de serem praticados contra a Administração Pública no curso do processo de licitação, consoante as tipificações previstas na Lei nº 8.666/1993 e consoante o que dispõe o art. 335 do Código Penal que, como visto, no tocante ao crime de fraude à licitação, foi revogado pela Lei de Licitação e Contratos.

Demonstrou-se de forma sucinta, que a licitação pode ser entendida como um procedimento administrativo através do qual um ente governamental, que com o intuito de adquirir, alienar ou locar bens, bem como realizar obras ou serviços, entre outros, convoca terceiros interessados em contratar com o poder público, no intuito de selecionar a proposta que melhor se adapte aos interesses da Administração Pública, de acordo com parâmetros previamente estabelecidos.

Viu-se, também, que o procedimento licitatório é a regra para as contratações de obras, serviços, compras, locações, concessão e permissão de serviço público ou alienações pela Administração Pública, dispondo a Lei expressamente sobre as hipóteses em que a licitação é dispensável ou inexigível. Ressalte-se que em tais situações excepcionais, não haverá a punição do agente que deixar de licitar, haja vista a dispensa legal constante dos artigos 24 e 25 da Lei de Licitações.

Demonstrou-se, ademais, que no tocante à fraude no procedimento licitatório, a legislação trata de forma expressa sobre o tema, elencando os crimes e penas previstos na Lei nº 8.666/1993, aos quais o agente público ou o particular estarão sujeitos, caso desrespeitem suas regras. Além disso, viu-se que o agente que pratica fraude à licitação também poderá responder por improbidade administrativa, pois, em alguns casos, sua conduta pode ocasionar dano ao erário.

No que tange à validade do ato administrativo, viu-se que, constatada a sua ilegalidade, a Administração Pública deverá anulá-lo, não podendo se falar em convalidação do procedimento licitatório.

Já em relação à revogação da licitação, demonstrou-se que esta ocorrerá, após a realização do certame, por motivos supervenientes, desde que devidamente comprovados, mediante justificativa idônea e desde que atenda ao interesse público.

Deste modo, tem-se que a licitação eivada de vício por ocorrência de fraude deve ser anulada pela Administração Pública, de ofício, ou mediante provocação de

terceiros e, ainda, poderá ser anulada pelo Poder Judiciário, já que as medidas de controle externo também incluem a participação do Poder Judiciário.

Como ficou demonstrado, o tema abordado neste trabalho é de suma relevância, haja vista que as fraudes em procedimento licitatório ocorrem das mais diversas formas, bem como podem ocorrer por todo o território nacional nas diversas esferas da Administração Pública, indo em sentido totalmente oposto aos princípios constitucionais que, como vistos, devem sempre ser observados quando do exercício da atividade administrativa.

Veja-se, portanto, que as ações de todo agente público têm seus limites estabelecidos tanto pela Lei de Licitações como pelos princípios previstos no Texto Constitucional, cujas práticas excessivas são elencadas e punidas na forma da Lei 8.666/93 e do Código Penal.

Neste ponto, é relevante mencionar que as sanções previstas na Lei de Licitações e Contratos são adequadas aos tipos penais por ela relacionados, pois punem o agente público que comete as infrações nela relacionadas e também os particulares a ele vinculados, como forma de impedir os abusos cometidos contra a coisa pública e contra a Administração Pública.

Pelo exposto, o presente trabalho permite concluir que cabe ao agente público, no exercício de sua atividade, respeitar os limites impostos pela legislação e observar as regras atinentes ao processo licitatório, sob pena de ser responsabilizado civil, penal e administrativamente pelos crimes praticados no curso do processo de licitação, não podendo se afastar dos princípios constitucionais que regem toda a atividade administrativa.

Mais que isso, conclui-se pela importância da licitação para a Administração Pública, como forma que atinge o seu fim de forma mais eficiente e menos onerosa ao estado, bem como se revela a sua importância para a sociedade, como forma de garantir igual oportunidade a todos que desejam contratar com o poder público. Daí a necessidade de que ela seja realizada da melhor forma, livre de quaisquer ilegalidades, respeitando-se todas as normas que regem esse procedimento.

FERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. São Paulo: Método, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 out. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 01 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 jun. 1993 republicado em 06 jul. 1994 e retificado em 06 jul. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 1.0317.14.012175-5001**. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.do?procAno=14&procCodigo=1&procCodigoOrigem=317&procNumero=12175&procSequencial=1&procSeqAcordao=0>. Acesso em: 01 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 119.232 – SP**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=102248535&num_registro=201903077771&data=20200610&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 115.457 – SP**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=99751016&num_registro=201902059184&data=20190902&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 11840/RS**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22GILSON+DIPP%22%29.MIN.&processo=11840&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 02 ago. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0625.11.007269-5/004**. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.do?procAno=11&procCodigo=1&procCodigoOrigem=625&procNumero=7269&procSeq>

uencial=4&procSeqAcordao=0. Acesso em: 01 ago. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 1.0471.11.013508-7/001**. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.do?procAno=11&procCodigo=1&procCodigoOrigem=471&procNumero=13508&procSequencial=1&procSeqAcordao=0>. Acesso em: 01 ago. 2020.