

## **Ineficácia dos artigos 89 e 96 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Federal (Lei nº 8.666/1993)**

*Luiza Veneranda Pereira Batista\**

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Observações preliminares sobre a legislação licitatória. 2.1 Histórico. 2.2 Da tutela penal da Lei de Licitações. 2.3 Dos Princípios Licitatórios. 2.4 Da vigência dos crimes licitatórios previstos no código penal e a responsabilização extrapenal. 3 Aspectos gerais da lei licitatória. 3.1 O conceito de servidor público, os efeitos da condenação e as causas de aumento de pena. 3.2 Da objetividade jurídica. 3.3 Da aplicabilidade das excludentes. 3.4 Do tipo penal subjetivo. 3.5 Da pena de multa. 4 Tipos penais em espécie da lei de licitações e contratos – Art. 89. 4.1 Visão preliminar. 4.2 Objetividade jurídica. 4.3 Sujeitos. 4.4 Elemento Subjetivo. 4.5 Concurso de Normas e de Crimes. 4.6 Pena. 4.7 Pontos de ineficácia do dispositivo penal. 5. tipos penais em espécie da lei de licitações e contratos – Art. 96. 5.1 Visão preliminar. 5.2 Objetividade jurídica. 5.3 Sujeitos. 5.4 Tipo penal objetivo e subjetivo. 5.5 Concursos e Consumação. 5.6 Pontos de Ineficácia do dispositivo penal. 6. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** Nascida fruto do clamor social e da luta de entidades, a Lei Nº 8.666/1993 pretende tornar impessoal as contratações com a Administração Pública, prevendo punição para aqueles que tentarem desvirtuar o processo licitatório. Ocorre que, através dos anos, o dispositivo legal não se mostrou eficaz, haja vista que muitas vezes o

---

\* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (2014). Servidora Pública Estadual da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas, com atuação na Coordenadoria do Centro de Apoio das Promotorias Criminais, no desenvolvimento de ações de combate à criminalidade, análise documental, organização e distribuição dos feitos. Exerce trabalho docente para concursos na área de Direito Administrativo.

seu fim principal não foi atingido, posto que os agentes criminosos conseguiam escapar de uma punição efetiva, seja por meio de brechas legislativas, seja pela ausência do querer punir. O presente trabalho tem como objeto tecer considerações sobre a ineficácia dos artigos 89 e 96 da Lei nº 8.666/1993 e como objetivo tornar público um estudo pormenorizado sobre a ineficácia de dois tipos penais da Lei Licitatória, descrevendo o seu histórico, tutela penal, princípios balizadores, vigência e demais características necessárias para demonstrar a ineficácia dos dispositivos. O tema é atual e relevante, pois, conforme será demonstrado, a notícia de crimes licitatórios faz parte do cotidiano da nossa população, sendo necessário, por consequência, realizar um estudo técnico-jurídico a fim de propor modificações à letra da lei, tornando-a, assim, não apenas vigente, mas também efetiva. Portanto, este trabalho visa elucidar os pontos de ineficácia dos artigos penais da atual lei licitatória, sugerindo, ao final, propostas de alteração ao texto legal, visando torná-lo efetivo.

**Palavras-chave:** Lei Licitatória. Tipos Penais. Ineficácia. Impunidade.

## 1 Introdução

Todos os dias são publicadas, nos meios de comunicação, notícias sobre crimes licitatórios e, por mais que tais condutas sejam praticadas, os agentes não são punidos com a efetividade necessária. Um dos motivos desta impunidade é a ineficácia de dois dispositivos penais da Lei N.º 8.666/1993.

O presente trabalho elenca os aspectos gerais da lei licitatória, tornando públicos os problemas estruturais dos artigos 89 e 96 da Lei de Licitações e Contratos.

Neste sentido, a pesquisa foi dividida em seis seções. Na seção 2 abordam-se os aspectos gerais da legislação licitatória, trazendo à tona o histórico das legislações administrativas sobre licitações, a tutela penal da lei administrativa, os princípios aplicáveis nas contratações públicas e a vigência

dos crimes licitatórios previstos no código penal; bem como a responsabilidade extrapenal dos agentes pelo cometimento de tais condutas.

Na seção 3 é apresentado o conceito de servidor público na legislação administrativa vigente, os efeitos que uma condenação criminal traz ao autor do delito, as causas de aumento de pena, a objetividade jurídica da norma, a aplicação das excludentes de punibilidade e o tipo penal subjetivo.

Na seção 4 e 5 realizou-se a análise minuciosa dos artigos 89 e 96 da lei que rege os contratos e licitações da administração pública, respectivamente. As seções foram divididas em subseções, com objetivo de melhor elucidar a problemática dos dispositivos, abordando-se sua objetividade jurídica, as excludentes que podem ser aplicadas, os sujeitos que podem cometer o delito, a possibilidade de concurso de crimes, suas penalidades e os seus pontos de ineficácia, em vias de possibilitar encontrar uma solução para torná-lo efetivo.

## **2 Observações preliminares sobre a legislação licitatória**

### **2.1 Histórico**

Uma sistematização licitatória em âmbito nacional ganhou vida, em 25 de fevereiro de 1967, com o Decreto-Lei Nº 200, nos seus artigos 125 a 144, que estabeleceram os princípios da Reforma Administrativa e a disciplina das modalidades licitatórias, todavia, restrito à União.

Os seus dispositivos tornaram-se obrigatórios aos demais entes políticos (Estados, Distrito Federal e Municípios) por meio da Lei Nº 5.456, de 20 de junho de 1968, que regulamentava o valor das modalidades licitatórias e os prazos

dos respectivos editais. Cumpre ressaltar que a competência legislativa, entendida esta como a competência para se criar leis, era concorrente, uma vez que os Estados e os Municípios detinham o poder de legislar de acordo com as suas peculiaridades e desde que respeitados os preceitos federais.

Com a adoção desta competência, ocorreu à multiplicação de normas regulamentadoras de licitações e contratos, em virtude da autonomia disponibilizada aos entes da Administração Direta e Indireta, fato que acarretou insegurança jurídica, dado que cada ente político detinha uma norma distinta.

Tal inconveniente legislativo somente foi suprimido pelo Decreto-Lei Nº 2.300, de 21 de novembro de 1986.

O Decreto-Lei Nº 2.300 foi considerado pioneiro pela doutrina pois estabelecia, no corpo de 90 (noventa) artigos, normas Gerais e Especiais em matéria de licitações e contratos. As normas gerais são obrigatórias à Administração Pública (Direta e Indireta) e aos Entes Políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), ao passo que as especiais são obrigatórias apenas para a Administração Direta.

Os preceitos licitatórios chegaram ao seu ápice com a edição da Constituição Federal de 1988, uma vez que esta estabelece três importantes dispositivos diretos (22, XXVII; 37, XXI e 175) e um indireto (art.195, § 3), ainda vigentes.

Esta matéria é de suma importância, conforme Biolchini (1930, p. 978) ensina:

*Apezar dos inconvenientes que se apontam para a pratica das concurrencias pela administração publica, não se pôde desconhecer que ellas constituem uma medida altamente moralizadora que, se não evita inteiramente possíveis abusos, pelo menos os cohibe de um modo efficaz.*

O percurso extenso e exaustivo de leis que versam sobre a matéria licitatória chegou ao fim, com a edição da Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que disciplina a matéria em seus 126 (cento e vinte e seis) artigos, sendo obrigatória a toda Administração, Direta e Indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios conforme estabelece seu art.1, parágrafo único.

Na opinião de Pereira Júnior (2009, pg.3), a Lei Nº 8.666/1993 manteve, em linhas gerais, a estrutura do Decreto-Lei Nº 2.300/1986. Ressalta-se, porém, que:

Aperfeiçoamentos e alterações foram introduzidos de molde a: (a) Ampliar a aplicação das normas gerais do novo estatuto a de administração dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das entidades vinculadas; (b) Melhor caracterizar o dever geral de licitar e as hipóteses que o excepcionam;(c) Traçar definições objetivas sobre figuras que passaram a ocupar posição de relevo na conceituação legal; (d) Vincular a Administração a regras mais exigentes para elaboração de editais e o julgamento de propostas; (e) Criar procedimentos especiais para o processamento de determinados tipos e regimes de licitação; (f) Assegurar o direito à ampla defesa em caso de desfazimento do processo licitatório (por revogação ou anulação).

Cumprir frisar que, antes da vigência da Lei Nº 8.666/1993, o agente público que praticasse um crime licitatório não era punido com a gravidade necessária, uma vez que tais condutas eram tipificadas sob égide dos dispositivos previstos no Código Penal Brasileiro (1940).

Os tipos penais do Código Penal Brasileiro mostravam-se insuficientes para punir com severidade aqueles que lesionavam o Erário Público, visto que tal norma prevê apenas

Ineficácia dos artigos 89 e 96 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Federal (Lei nº 8.666/1993)

três condutas típicas, com respostas insignificantes ao avanço social dado que a pena máxima prevista era de até 2 (dois) anos, pena que na atualidade seria classificada como infração de menor potencial ofensivo, por força do art. 2º, parágrafo único, da Lei Nº 10.259/2001.

## **2.2 Da tutela penal da lei de licitações**

Escândalos de corrupção e lavagem de dinheiro são denunciados todos os dias, e o dinheiro público, fruto do suor de cada brasileiro, acaba desviado em esquemas idealizados por agentes criminosos. Por tal razão, a Sociedade protestou para que houvesse uma legislação que fosse aplicada aos crimes licitatórios.

Diante deste elástico, o legislador brasileiro, pressionado pelas diversas camadas sociais, proclamou a Lei de Licitações e Contratos (Lei Nº 8.666/1993), estabelecendo os procedimentos a serem seguidos pelos administradores e por aqueles que pretendem negociar com a Administração, visando sempre a MORALIDADE, PROIBIDADE e o respeito ao INTERESSE PÚBLICO.

Enfim, o que é licitação?

Conforme Freitas (2010, p. 23):

Licitação é 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 por vários interessados, com dois objetivos: a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Desta forma, Licitação é o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona as propostas mais vantajosas, obedecendo sempre os ditames da Lei e aos Princípios Constitucionais de Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, Eficiência, entre outros.

Em um estudo recente da Organização Não Governamental Transparência Internacional, publicado na Revista Veja nº 23, p.136-7, sob a rubrica “O Mouse contra os Ratos”, foi revelado que a cada R\$ 100, 00 (cem reais) que o Governo brasileiro precisa gastar, R\$ 68,00 (sessenta e oito reais) só saem dos cofres públicos com licitação. Não há nada alarmante nessa informação. Ocorre que outra pesquisa mostra que metade das empresas, que já participaram de alguma licitação, foi pressionada a pagar propina e combinar preços antes de entregar sua proposta oficial ao Governo, tendo sido apurado que os acordos fechados “por debaixo dos panos” sugam dos cofres públicos 25% a mais do que o preço de mercado.

Diante destes dados, fica fácil imaginar por que um tabuleiro de damas adquirido para bibliotecas de Escolas Municipais chega a custar R\$ 75,00 (setenta e cinco reais) ou por que uma escola que foi minimamente reformada representa um custo de RS 1.875,039 (um milhão, oitocentos e setenta e cinco mil e trinta e nove reais).

Neste prisma, a aplicação do procedimento licitatório mostra-se necessária a fim de salvaguardar os interesses dos cidadãos, conforme o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da

Ineficácia dos artigos 89 e 96 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Federal (Lei nº 8.666/1993)

lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

É buscando tornar efetivo tal mandamento constitucional que foram previstas na Seção III, Dos Crimes e das Penas da Lei Nº 8.666/1993, as tipificações que outrora eram previstas no Código Penal e se mostravam ineficazes diante dos casos que surgiam. É sabido que, se não for previsto um tipo penal que puna condutas corruptas e ímprobos, os servidores públicos imorais continuariam a se apropriar do dinheiro público. Para tanto se deve tornar efetiva a aplicação do disposto em Lei, conforme Freitas (2010), “precisamos aplicar as incontáveis normas já existentes em nossa teia de leis. Há de se torná-las reais, efetivas. Imprescindível, também, que o agente público perceba que a prevenção é o melhor remédio contra a corrupção.

### **2.3 Dos princípios licitatórios**

Princípios, nas palavras de Freitas (2010, p.23):

Princípios, são normas balizadoras, orientadoras e de cunho genérico que juntamente com as regras (normas específicas) conduzem as condutas exigidas da Sociedade. Em uma classificação mais doutrinária, os princípios são divididos em fundamentais, gerais e especiais.

No Direito Administrativo há os princípios gerais e os especiais. Os primeiros são princípios aplicados em várias matérias ligadas ao direito administrativo (Ex: moralidade administrativa, legalidade, impessoalidade...), ao passo que os

especiais são princípios inerentes ao procedimento licitatórios e à contratação com a Administração Pública (Ex: vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo). Todavia, esta separação é de cunho estritamente doutrinária posto que a mesma mostra-se impossível, dado as similitudes dos princípios, este é o entendimento de Slaibi Filho (2005, p.132):

Não se pense, no entanto, que, embora classificadas pelo grau de generalidade, as normas constitucionais, quer os princípios, quer as regras ou preceitos, estejam separados ou compartimentalizados, com âmbito de normatividade perfeitamente delineado: na verdade, inseridas que estão no sistema constitucional, integram-se harmonicamente, e buscam, umas e outras, em relação dialética, implementar o seu âmbito normativo.

Entre os princípios que balizam as licitações públicas, encontram-se os insculpidos no art. 37 da Constituição Federal: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

O princípio da Legalidade estabelece que a Administração Pública somente atuará se autorizada por lei, assim, a ausência legislativa a impede de atuar. Tal Legalidade é distinta da utilizada pelo particular, que pode fazer tudo que a lei não proíbe.

Fazzio Júnior (1998, p.18-19) também destaca que:

Em síntese, governam as leis. Por isso quem administra só pode fazer o que a lei determina. O *secundum legem* é a norma. Em outras palavras, materializar a vontade da lei é a vocação congênita da Administração, em todos os níveis. A legalidade preside tanto a atividade administrativa típica (direta e indireta do Executivo)

Ineficácia dos artigos 89 e 96 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Federal (Lei nº 8.666/1993)

como a atípica (Legislativo e Judiciário). Desse princípio deriva a presunção relativa de legalidade dos atos praticados pela Administração Pública.

O princípio da Impessoalidade, também denominado de isonomia, é considerado um dos mais importantes em matéria licitatória, pois preconiza a igualdade entre os concorrentes, visto que não é admitido tratamento desigual entre os participantes do certame, sendo vedado qualquer tipo de discriminação ou favorecimento entre os competidores, este princípio fica latente no artigo 3º, §1º, I da Lei Nº 8.666/1993 que estabelece:

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.

§1º É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos autos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão de naturalidade, da sede do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Assim, este princípio deve ser observado em todas as fases do processo licitatório, seja fase interna, seja a fase externa. Na fase interna, é vedado estabelecer condições que restrinjam o

caráter competitivo da licitação ( *muitas vezes, servidores públicos utilizando má-fé e visando frustrar o caráter competitivo do certame estabelecem condições que apenas uma empresa pode suprir, ou seja, a empresa previamente escolhida para ganhar a licitação, visando quase sempre, o benefício de terceiros com o contrato firmado*).

A Moralidade Administrativa é condição necessária a todo administrador público, que deve pautar sua conduta em obediência a Lei, sendo justo, honesto e probo. Em clara síntese, Di Pietro (2001) observa que o princípio exige um comportamento não apenas lícito, mas consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios da justiça e da equidade, a ideia comum de honestidade.

O princípio da Publicidade tem forte traço democrático, visto que a Administração Pública deve prover a divulgação de todos os processos licitatórios, para que haja o maior número de competidores e para que a Sociedade possa fiscalizar todas as fases do certame. Esta premissa é confirmada por Gasparine (2004) que esclarece que este princípio torna obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela Administração Pública direta e indireta, para conhecimento, controle e início de seus feitos.

A exceção à regra consiste na obrigatoriedade do sigilo da proposta. Contudo, essa exceção é justificável, pois garante a aplicação do Princípio da Igualdade entre os licitantes, posto que se determinado competidor tivesse acesso ao valor da proposta de outro competidor, poderia ele mudar a sua proposta e por consequência lograr proveito de tal informação. Tal conduta configura o tipo penal do art. 94 da Lei N° 8.666/1993.

O princípio da Eficiência, expressamente previsto na CF com a EC n° 19/98, estabelece que o administrador público deva pautar seu serviço com qualidade, de maneira eficaz e econômica.

No art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, prevê o princípio

da obrigatoriedade de licitar, estabelecendo que a regra é licitar em todas as situações, salvo exceções legais. O administrador público que infringir tal conduta pratica o tipo penal do art. 89 da Lei Nº 8.666/1993, visto que dispensa ou inexige licitação fora das hipóteses legais.

Além dos princípios mencionados, pode-se citar o princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório que assegura segurança jurídica aos competidores, posto que os administradores públicos são obrigados a obedecer as regras estabelecidas no edital, carta convite ou aviso, visto que tais instrumentos constituem a lei interna da licitação, vinculando os licitantes e os administradores que a expediram. Já o princípio do Julgamento Objetivo assegura que o administrador julgará as propostas de acordo com os critérios fixados no edital e na lei licitatória, procurando reduzir a discricionariedade do julgamento, para que não ocorra o que durante muito tempo se mostrou comum: a escolha do concorrente mais amigo, mais rico, mais influente.

#### **2.4 Da vigência dos crimes licitatórios previstos no código penal e a responsabilização extrapenal**

Como já mencionado, o Decreto-Lei Nº 2.848/1940, também denominado Código Penal, descrevia as condutas típicas dos crimes licitatórios, prevendo em seu bojo três artigos que incriminavam aqueles que fossem ao encontro da Moralidade Administrativa. É fácil perceber que este papel era insuficiente para coibir os delitos praticados pelos agentes criminosos, fazendo-se necessária a edição de uma lei que suprisse todas as modificações que ocorreram nos certames licitatórios, e esta é a Lei Nº 8.666/1993, que tipifica de maneira autônoma condutas irregulares praticadas por agentes

públicos e por aqueles que desejam participar de um contrato com a Administração. O Código Penal Brasileiro (1940) prevê, no seu título XI – Dos crimes contra a administração pública, três condutas típicas, que serão detalhadas a seguir:

Art. 326 - devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo.  
Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

Analisando a norma citada, infere-se que é proibido devassar. Este termo, segundo a definição do Aurélio (2010), consiste em ter vista por dentro, pesquisar, penetrar, divulgar, tornar devasso, ou seja, o que assegura a igualdade entre os participantes em um processo licitatório é a igualdade de condições; perfaz-se necessário que a proposta seja desconhecida até a hora da abertura de preços, para que permaneça o valor inicialmente estipulado. Assim, imaginemos que a Empresa A, em conluio com o servidor B, devassa o sigilo da proposta da Empresa C, beneficiando-se da informação adquirida, visto que a partir dela poderá alterar o valor da sua proposta. Tal situação hipotética caracteriza o desrespeito à lisura do procedimento licitatório e à igualdade de condições de competição no certame. Este dispositivo foi mantido nas condutas tipificadas pela Lei N° 8.666/1993, no art. 94, contudo, sua abrangência foi modificada, posto que o art. 326 do Decreto-Lei se restringia à modalidade concorrência, fato este alterado com a edição do novo dispositivo que abarcou as outras modalidades licitatórias, a saber: carta convite, tomada de preço e pregão.

Art. 336 - Rasgar ou, de qualquer forma, inutilizar ou conspurcar edital afixado por ordem de funcionário

Ineficácia dos artigos 89 e 96 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Federal (Lei nº 8.666/1993)

público; violar ou inutilizar selo ou sinal empregado, por determinação legal ou por ordem de funcionário público, para identificar ou cerrar qualquer objeto: Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa.

O dispositivo mencionado não é previsto na lei atual, visto que se mostra ínsito o respeito que o administrador e terceiros participantes devem possuir com os componentes necessários do procedimento licitatório.

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.

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.

O dispositivo coíbe aqueles que pretendem impedir, perturbar e fraudar Concorrência Pública ou procuram afastar concorrente por meio de ameaça, fraude ou oferecimento de dinheiro. A primeira parte do dispositivo proíbe todo tipo de conduta que prejudique o bom andamento do procedimento licitatório; a segunda parte visa impedir que um concorrente se utilize de força, seja ela física ou econômica, para afastar licitante da disputa. Este tipo penal também está previsto na lei licitatória atual, havendo apenas a ressalva de que na lei atual não se restringe a modalidade concorrência pública, conforme explicado anteriormente.

O Código Penal (1940) foi revogado pela Lei Nº 8.666/1993, visto que a lei licitatória em sua seção terceira

regulou toda a matéria prevista no Código. E o artigo 2 da Lei de Introdução das Normas no Direito Brasileiro (LINDB) estabelece que a lei que trata de matéria já regulada por outra, a modifica ou a revoga. Modifica quando dispõe sobre apenas um aspecto da lei; revoga quando dispõe totalmente sobre a matéria versada na lei velha. Esta é a situação dos crimes licitatórios no Código Penal.

Por meio do exame da Lei N° 8.666/1993, abstrai-se que o agente que incorrer em um ato tipificado como crime licitatório responderá na esfera penal, administrativa e cível de forma proporcional a sua responsabilidade. Fica fácil perceber essa situação, quando um agente público contrata com terceiro sem licitação, desrespeitando as hipóteses dos arts. 24 e 26 da Lei Licitatória, incorrendo, assim, no tipo penal do art. 89.

Este servidor responderá administrativamente, pois por ser servidor tem a obrigação de pautar a sua conduta dentro da legalidade, obedecendo primeiramente a Lei e, por ter infringido, deverá responder a um processo administrativo disciplinar, fruto do Poder Disciplinar da Administração Pública, que apurando irregularidade na conduta profissional do servidor aplicará, assegurado o contraditório e a ampla defesa, a punição adequada ao caso concreto.

Em virtude da prática de conduta irregular, o servidor poderá ter dado ensejo a prejuízo ao Erário, devendo, por consequência, responder civilmente, visto que lesionou o patrimônio do Estado ao contratar com terceiro sem licitação (muitas vezes, com preços superfaturados).

E por fim, responde também na esfera penal, visto que praticou uma conduta tipificada na Lei N° 8.666/1993 e havendo sentença penal condenatória, o agente público perderá a função pública ou mandato eletivo, conforme prevê o artigo 83 deste dispositivo.

Essas responsabilidades são independentes, ou seja, o

Ineficácia dos artigos 89 e 96 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Federal (Lei nº 8.666/1993)

servidor que não for punido no âmbito penal poderá sê-lo no âmbito administrativo e cível. Nas palavras de Freitas (2010, p. 23):

Conclama a Lei 8.666/93 a seriedade com que o gestor da coisa pública deve operá-la e evidencia que sua inobservância pode ensejar severas consequências, capazes de refletir na seara penal (crimes que serão estudados nesta obra), civil (multa e reparação civil), política (suspensão ou perda do mandato) e administrativa (proibição de contratar e receber incentivos, e perda do cargo, emprego ou função pública), conforma se extrai do disposto, nos arts. 82 e 83.

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

Assim, observa-se a independência funcional das instâncias, dado vez que o agente que infringir o disposto na Lei Nº 8.666/1993 estará sujeito às responsabilidades cabíveis a cada área lesionada, e a responsabilização em diversas áreas não constitui *bis in idem*, visto que sua conduta lesionou simultaneamente diferentes searas do direito, devendo, assim, o agente responder na medida da sua culpabilidade em cada uma delas.

Ainda neste tema, o artigo 83 nos traz:

Art. 83 Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do

cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Tal dispositivo atribui um efeito imediato e automático (perda de cargo, emprego, função ou mandato) ao servidor que praticar os tipos penais previstos na Lei N° 8.666/1993.

Importante observar que o servidor estará sujeito a essa sanção após sentença judicial transitada em julgado, sendo assegurada, assim, a segurança jurídica de que somente será punido aquele declarado culpado. Contudo, uma vez proferida a sentença condenando o servidor, este deverá ser automaticamente desligado do serviço público, perdendo o seu vínculo. Neste ponto a Lei N° 8.666/1993 inovou, visto que o Código Penal previa que somente seria perdida a ocupação se o juiz proferisse na sentença condenatória tal medida.

### **3 Aspectos gerais da lei licitatória**

#### **3.1 Conceito de servidor público, os efeitos da condenação e as causas de aumento de pena**

A Lei N° 8.666/1993 prevê, no seu artigo 84, o conceito de servidor público para os seus fins, dispondo que: considera-se servidor público, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego.

Este dispositivo, em seu parágrafo único, equipara ao servidor público, aquele que exerce cargo, emprego ou função em Entidade Paraestatal, conceito este que engloba as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as

sociedades de economia mista.

Desta feita, observa-se que o legislador constituinte derivado pretendendo abarcar o maior número de agentes possível, adotou as modificações propostas pela doutrina e jurisprudência, uma vez que somou ao art. 327 do Código Penal Brasileiro, a inclusão dos agentes que exercem suas atribuições em Entidades Paraestatais, ou seja, as Entidades da Administração Indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista), tornando assim, o conceito mais amplo e compatível com a realidade pátria.

O § único do art. 84 estabelece que:

Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, as empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sobre controle, direito ou indireto do Poder Público.

Antes do estabelecimento deste dispositivo havia uma forte discussão doutrinária sobre o enquadramento na estrutura da Administração Direta ou Indireta das autarquias, uma vez que o Código Penal somente punia o servidor que atuasse na Administração Pública Direta. Todavia, após a redação deste parágrafo único, nenhuma dúvida subsiste, haja vista que o texto legal estabelece a equiparação a servidor público aos agentes que laborarem nas Entidades Paraestatais, bem como nas demais entidades sobre o controle Direto ou *Indireto* do Poder Público, sendo, portanto, indiferente a discussão sobre o enquadramento da Autarquia, que conforme estabelece o Decreto-Lei Nº 200/1967 é classificada como entidade administrativa pertencente à Administração Pública Indireta.

Outra controvérsia doutrinária, consistia em atribuir o conceito de Funcionário Público (na lei licitatória é denominado servidor público) aos empregados de empresas privadas que prestam serviços típicos da Administração Pública, como a Empresa Manaus Ambiental. Tal inconveniente doutrinário foi suprimido com a edição da Lei N° 9.983/2000, que estabelece que essas empresas não estão sujeitas ao procedimento licitatório.

O Código Penal estabelece que haja aumento de pena, até a terça parte, quando os autores dos crimes previstos no Título XI – Dos Crimes contra a Administração Pública, forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção/assessoramento em órgãos da Administração Direta, Sociedade de Economia Mista, Empresa Pública ou Fundação instituída pelo Poder Público (art. 327). Tal redação distingue-se do estabelecido na Lei N° 8.666/1993, que substituiu a expressão “função de direção e assessoramento” por “função de confiança” por considerá-la mais abrangente, uma vez que engloba as funções de comando nos quadros da Administração Pública.

Assim, tal dispositivo é de suma importância, visto que os servidores que assumem posições de comando, direção e assessoramento devem prezar ainda mais pela moralidade e probidade administrativa, devendo, por consequência, salvaguardar a Administração Pública de atos de corrupção e servindo de exemplo aos demais agentes públicos.

Na opinião de Freitas (2010, p. 40):

A política criminal que direcionou a criação de tipos penais, foi a de recrudescer o tratamento penal àqueles que utilizavam o procedimento licitatório como meio de implementação de fraudes, corrupções e desvios de verbas públicas, tendo o legislador observado que as normas incriminadoras a respeito, dispostas no Código

Ineficácia dos artigos 89 e 96 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Federal (Lei nº 8.666/1993)

Penal, não eram suficientes para a proteção dos bens jurídicos linhas acima mencionados, ensejando, pois, a necessidade de instituição de tipos penais mais severos, como constantes da Lei Nº 8.666/1993.

Assim, de fato, as modificações trazidas pela Lei Nº 8.666/1993 tornaram os tipos penais incriminadores mais severos, todavia, o legislador poderia ter sido ainda mais austero, dado que todos os tipos penais são puníveis com pena de detenção, podendo ser afeiçoados ainda em sede policial e, após a sentença penal condenatória, a pena restritiva de liberdade ser substituída por uma restritiva de direito, ou, ainda, a suspensão condicional da pena, a depender do caso concreto.

### **3.2 Da objetividade jurídica**

Os dispositivos penais da Lei Licitatória objetivam salvaguardar os princípios constitucionais pertinentes à Administração Pública previstos no art. 37 da Constituição Federal, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como preservar o patrimônio público, tesouro do povo, que deve ser utilizado com zelo.

A população brasileira suporta uma das maiores cargas tributárias do mundo, todavia os serviços prestados pelo “Estado” muitas vezes se mostram deficientes. Como acreditar que em um país no qual jorra dinheiro devido à alta arrecadação de impostos pode deixar a desejar na prestação de saúde pública? A falta de administração adequada, bem como a ausência de controle e fiscalização dos cofres públicos, propicia essa resposta, e é visando combater os malefícios da

corrupção e desvios de verbas que a Lei N° 8.666/1993 foi criada, cabendo aos operadores do direito a árdua missão de aplicá-la no dia a dia.

As normas cogentes objetivam punir os agentes públicos que praticarem o tipo penal, uma vez que o agente deve pautar os seus atos de acordo com o estabelecido em Lei (Legalidade), tratando com igualdade os concorrentes de procedimento licitatório (Impessoalidade), sendo probo e honesto no trato da coisa pública (Moralidade), tornando público os assuntos pertinentes ao processo licitatório (Publicidade) e buscando eficiência no desempenho de suas obrigações com a Administração Pública (Eficiência).

A lei pune com severidade os agentes ou particulares que lesionarem o seu disposto, porque o agente que desrespeita os preceitos legais não está descumprindo apenas a lei, mas também os Princípios Administrativos, a honestidade e a boa-fé no trato da coisa pública.

A Lei N° 8.666/1993 também estabelece princípios específicos que estão salvaguardados ao longo dos artigos 89 a 98 da Lei Licitatória, cada artigo detém um princípio e objetivo jurídico distinto, por exemplo, o art.89, que será examinado no presente trabalho, pretende garantir a observância do princípio da excepcionalidade da dispensa e inexigibilidade da licitação pública, visto que prevê punição aos agentes que dispensarem ou não exigirem licitação fora das hipóteses legais.

### **3.3 Da aplicabilidade das excludentes**

Determinadas situações por mais que aparentem a configuração de um determinado tipo penal, não o serão, haja vista que a própria lei prevê causas que excluem a ilicitude. É,

por exemplo, o que ocorre na aplicação do inciso IV, do art. 24 da Lei Nº 8.666/1993, que prevê a dispensa de licitação nos casos de emergência ou calamidade pública. A dispensa, neste caso, é totalmente razoável visto que, não raras vezes, o seu processo se mostra moroso e burocrático. Assim, somente nas hipóteses previstas em Lei, haverá exceções à regra, que é licitar. Os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação estão previstos nos artigos 24 e 25 da Lei Nº 8.666/1993.

O art. 37, XXI, da Constituição Federal, ao estabelecer a obrigatoriedade de adoção do procedimento licitatório para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, expressamente prevê que a legislação poderá estabelecer hipóteses em que essa obrigatoriedade é excepcionada; tais hipóteses consistem nas causas de licitação dispensada, dispensável e inexigível.

A licitação será dispensada quando a lei de forma vinculada, ou seja, obrigatória, dispensa a obrigatoriedade de licitação, por entendê-la desnecessária ao interesse da Administração. É o que ocorre, por exemplo, quando a Administração vende a outro órgão ou entidade da própria Administração, de qualquer esfera do governo, visando atender interesses da coletividade.

Na licitação dispensável a lei autoriza a Administração a proceder ou não com a licitação, cabendo ao administrador observar, de acordo com o caso concreto, se procede ou não com o procedimento licitatório. Tais hipóteses de dispensa são taxativas as previstas na lei.

Por fim, a licitação inexigível ocorre quando não há possibilidade de disputa, em vista da existência de apenas um fornecedor, pessoa física ou jurídica, que possa satisfazer a contento o serviço. O resultado estaria pré-determinado, não há, portanto, a necessidade de instauração do procedimento licitatório.

O art. 24 prevê vinte e seis situações de causa de dispensa. Nas palavras de Cretella Junior (2009, p. 229), dispensa

de licitação “[...] é a celebração direta de contrato entre a Administração e o particular sem nenhum procedimento administrativo prévio.”.

Todo procedimento licitatório envolve custos. A licitação visa, como já esclarecido, escolher a proposta mais vantajosa. Ocorre que, em determinadas situações, o valor da obra ou serviço mostra-se pequeno e, por consequência, proceder com um procedimento licitatório seria custoso para a Administração, que em regra designa funcionários, lança edital e procede com outras formalidades. Em situações como esta, não é vantajoso o Estado proceder o processo licitatório, por isto fica a critério do administrador dispensar tal procedimento, desde que uma vez dispensada obedeça aos requisitos legais que estão previstos no art. 26 da Lei Licitatória.

CRIME DE RESPONSABILIDADE – Prefeito – Artigo 1º, XI, do Decreto-lei n.201/67 – Contratação de empresas para transporte coletivo urbano sem licitação –Absolvição – Admissibilidade –Medida extrema diante da situação excepcional –Decretada falência da anterior operadora ensejando a pronta intervenção pela comunidade –Concessão a título precário e experimental por no máximo 90 dias –Artigo 16 do Decreto n. 7658/91 –Realizada a licitação após o período emergencial. Ação improcedente.

Na decisão exposta, o colegiado do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, decidiu, corretamente, absolver o prefeito que havia sido denunciado por suposto cometimento do tipo do artigo 89 da Lei Nº 8.666/1993, dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Tal decisão foi embasada na atipicidade da conduta, uma vez que o Administrador Público em questão contratou empresa para prestação de

serviços de transporte por período de 90 (noventa dias), haja vista a falência da empresa prestadora anterior, obedecendo aos ditames legais e ao princípio da continuidade do serviço público. Assim, transcorrido o prazo legal, o administrador procedeu com o procedimento licitatório para escolha da empresa prestadora de serviço público, não havendo que se falar de crime licitatório, dado a emergência da situação.

O art. 24, inciso III, prevê dispensa nos casos de guerra ou grave perturbação social, nada mais razoável, uma vez que o Estado necessita tomar providências urgentes, não havendo razão para proceder com um processo licitatório, tendo em vista que há uma série de formalidades a serem preenchidas, tempo este que será dispendioso para a Administração Pública. Para que esta espécie de dispensa seja utilizada deverá haver decretação das medidas previstas nos artigos 136 e 137 da Constituição Federal, referentes ao Estado de Defesa e Estado de Sítio.

PENAL E PROCESSUAL PENAL – USO DE BEM PÚBLICO – DISPENSA DE LICITAÇÃO – PERMISSÃO NÃO QUALIFICADA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONARIO E PRECÁRIO – FATO ATÍPICO – ABSOLVIÇÃO. A permissão não qualificada configura ato administrativo discricionário e precário, que pode ser desconstituído a qualquer tempo. Não configura fato típico (art.89, *caput*, da Lei 8.666/93).

O art. 25 enumera casos em que a licitação é inexigível. Em tais hipóteses há impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre os interessados, por exemplo, quando existe fornecedor exclusivo ou a existência de um único competidor que reúna as condições necessárias para o certame. Nas

hipóteses de inexigibilidade, o administrador está obrigado a não licitar, dado a inviabilidade de competição. A primeira situação está prevista no art. 25, I, que descreve:

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;

Analisando essa norma, é inútil licitar quando há apenas um fornecedor de determinado produto, haja vista que não haverá competição. Nesta situação o administrador deverá comunicar a autoridade superior, justificando a inexigibilidade e relatando os motivos de tal escolha, para assim torná-la pública no prazo de cinco dias.

Quando o administrador dispensar ou inexigir licitação de acordo com os preceitos legais, ele não será responsabilizado, uma vez que está respaldado legalmente. Contudo aquele que dispensa ou inexige licitação, fora das hipóteses legais, incorre no crime previsto no art. 89 da Lei N 8.666/1993, que será examinado posteriormente.

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
– Licitação – Inexigibilidade – Simples festividade de caráter não permanente, que se destina a promover um dos produtos do Município – Fato que não é indispensável para a satisfação das necessidades da coletividade –  
Inteligência do Art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93.

A situação demonstrada nesse acórdão, não configura nenhuma das hipóteses de exclusão dos tipos penais licitatórios, havendo, por consequência, a configuração dos crimes em espécie.

### 3.4 Do tipo penal subjetivo

O que leva alguém a delinquir?

A indagação é extremamente abrangente e envolve aspectos jurídicos, filosóficos e sociológicos. Todavia, para a presente pesquisa, é necessário analisar apenas o aspecto jurídico. Assim, o que leva alguém a delinquir é a vontade dirigida do cometimento de um crime, dado que o agente deseja cometer um ilícito, pretende realizar atos ilegais. É o que ocorre quando o servidor público comete a conduta tipificada no art. 90 da Lei Nº 8.666/1993, frustrando ou fraudando a licitação para assim obter vantagem decorrente da adjudicação.

O elemento subjetivo compreende o dolo e a culpa. No primeiro, o autor deseja certo resultado ou assume o risco de produzi-lo (art. 18 do Código Penal); no segundo, o autor não deseja o resultado, nem assume o risco, mas devido ter manifestado um comportamento imprudente, negligente ou imperito, acaba cometendo um fato típico.

Ao analisar as situações previstas na Lei Nº 8.666/1993, constata-se que todos os fatos discriminados são punidos a título de *dolo*, assim sendo, é necessária a vontade dirigida para que haja a configuração do tipo penal. Logo, caso o servidor público pratique um fato típico a título de culpa, este não será responsabilizado, visto a inexistência de previsão legislativa.

O *dolo* é dividido em duas espécies: o genérico e o específico. Na hipótese descrita, o servidor público possui

vontade dirigida a frustrar ou fraudar o processo licitatório (*dolo genérico*), cometendo a conduta consciente de sua ilicitude e desejando, mesmo assim, o resultado. Deve-se observar que a conduta de frustrar e fraudar, com o intuito de receber vantagem decorrente da adjudicação (*dolo específico*), será somada com o dolo genérico tipificando, assim, o crime.

### 3.5 Da pena de multa

A pena de multa está prevista em todos os tipos penais da Lei Nº 8.666/1993. O dispositivo que elenca suas características é o art. 99, que estabelece:

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.

Conclui-se do dispositivo que a pena de multa será fixada na sentença, por meio do cálculo de índices percentuais proporcionais à vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível, e varia de 2% a 5% do valor do contrato celebrado com a dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Ineficácia dos artigos 89 e 96 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Federal (Lei nº 8.666/1993)

A Lei Nº 8.666/1993 inovou em estabelecer um procedimento específico de cálculo de multa, contudo tais regras são seriamente criticadas pela doutrina nacional, porque ferem a Segurança Jurídica e ocasionam a sua ineficácia. Muitos juízes não a utilizam. Um exemplo desta situação é a aplicação da multa no tipo penal do artigo 93 da Lei Nº 8.666/1993, que estabelece: *Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*

Ora, no tipo penal examinado, não há qualquer previsão da vantagem obtida. O sujeito ativo comete a conduta de impedir, perturbar ou fraudar processo licitatório, procedimento este que poderá até não ser concluído; por consequência, não haverá contrato, e sem contrato, não há parâmetro para o estabelecimento de multa. Assim, o juiz, em observância ao princípio da Segurança Jurídica, não poderá utilizar a margem percentual estabelecida no § 1º do art. 99 e nem aplicar a pena de multa prevista no art. 93 da referida lei.

#### **4 Tipos penais em espécie da lei de licitações e contratos – art. 89**

##### **4.1 Visão preliminar**

A imprensa divulga regularmente notícias que versam sobre inexigibilidades ou dispensas de licitações que não observam os preceitos legais, todavia tais condutas tipificam o tipo penal do artigo 89 da lei licitatória, que estabelece:

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.

Nas palavras de Greco Filho (2007, p. 60), o tipo penal do art.89 visa garantir a “[...] estrita excepcionalidade dos casos de inexigibilidade ou dispensa de licitação.”

A parte inicial do *caput* do art. 89 descreve a conduta de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais que foram abordadas na seção 3, subseção 3.3, situações que excepcionam a regra de licitar e que constam nos artigos 24 e 26 da Lei N° 8.666/1993.

O sujeito ativo do art. 89 é o servidor público, ou seja, o ocupante de cargo público que dispensa ou inexige licitação fora das hipóteses legais ou que não observa as formalidades necessárias para dispensa ou inexigibilidade do procedimento licitatório. Por ser um delito que necessita de qualidade específica, no caso em voga, ser servidor público, é classificado como crime próprio.

O parágrafo único estabelece que aquele que comprovadamente concorre para o crime, beneficiando-se com a dispensa ou inexigibilidade ilegal, será punido com a pena do art. 89.

Uma análise superficial do dispositivo demonstra quanto o legislador foi omissivo e incoerente, pois talvez sem intenção ou devido à ausência de técnica legislativa, criou uma condição objetiva para a configuração do delito, qual seja, se beneficiar com a dispensa ou inexigibilidade do processo licitatório.

Assim, surge um problema: como será punido aquele que concorre para o crime e não auferir vantagem econômica? O

Ineficácia dos artigos 89 e 96 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Federal (Lei nº 8.666/1993)

agente que assim proceder não será punido, pois o legislador, de forma acidental, criou um crime autônomo que vai de encontro ao disposto no art. 29 do Código Penal que estabelece:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Infelizmente, o legislador desejou restringir a norma incriminadora, pois, se quisesse punir aquele que concorreu de qualquer forma para o tipo penal, bastaria silenciar a respeito de tal conduta, visto que subsidiariamente seria aplicado o disposto no art. 29 do Código Penal. Portanto, o legislador desejou exigir a comprovação de participação ou coautoria e o necessário recebimento de vantagem econômica para a configuração do crime licitatório.

Durante muito tempo se discutiu, na doutrina e na jurisprudência, sobre a necessidade de prejuízo econômico ao Erário Público para que houvesse a tipificação do disposto no art. 89 da Lei Nº 8.666/1993 e após um forte embate doutrinário, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) assentou a conclusão de que se trata de um crime de dolo genérico, ou seja, basta a não obediência ao previsto na lei licitatória ou as formalidades exigíveis do processo para que haja a configuração do art. 89 do diploma licitatório.

Desta feita, como o tipo penal não exige a presença do dolo específico (obter vantagem para si ou para outrem com

o processo licitatório), será punido o administrador que não observar o que diz a lei, mesmo que tal processo não prejudique em nada os cofres públicos.

Em decisão histórica, que ocorreu no STJ, o Egrégio Tribunal Superior indeferiu o pedido de *habeas corpus* do então ex-vice-prefeito de Mogi Mirim (São Paulo) que incorreu no tipo penal do art. 89 da lei licitatória, pois realizou, sem licitação, contrato verbal com empresa de terraplanagem. Na referida decisão foi condenado à pena de três anos de detenção, convertidos a serviços à comunidade e multa.

CRIME DE RESPONSABILIDADE – Prefeito municipal – Artigo 89 da Lei Federal n. 8.666/93 – Caracterização – Dispensa de licitação sem justa causa – Crime formal e de perigo abstrato – Prova robusta – Condenação mantida - Recurso não provido.

Nas palavras do relator do processo: “STJ entende que o crime previsto no artigo 89 da Lei de Licitações é de mera conduta[...]”. Em um dos precedentes citados, o crime ocorre com a mera dispensa ou afirmação de inexigibilidade de licitação, fora das hipóteses previstas em lei, caso o agente tenha plena consciência do seu ato ilegal, independentemente de efetivo prejuízo à Administração.

Conclui-se, portanto, que mesmo que a dispensa ou inexigibilidade de licitação não traga prejuízos aos cofres públicos, o administrador que não observar as formalidades legais incorrerá no crime licitatório, e tal conclusão não poderia ser diferente, haja vista, a obrigatoriedade da Administração Pública na observância de princípios constitucionais.

## 4.2 Objetividade jurídica

Como já afirmado, o tipo penal do art. 89, em termos específicos, visa garantir a excepcionalidade dos casos de inexigibilidade e dispensa de licitação, pois a regra é licitar. Preserva-se, assim, a moralidade administrativa, em termos gerais, que se vê lesada com a prática de condutas que vão de encontro ao disposto na lei, bem como diversos princípios já analisados, tal como a isonomia entre os participantes.

A prática do tipo penal pode não gerar qualquer prejuízo ao Erário público, como explicitado, uma vez que se trata de um crime de perigo abstrato, ou seja, para a sua tipificação basta a prática da conduta indesejada pela lei, punindo-se o administrador que não observa as normas atinentes à dispensa e inexigibilidade de licitação.

Assim, mesmo que o administrador contrate, sem licitação, por um preço de acordo com o mercado, haverá a tipificação do art. 89 da Lei Licitatória. A medida é adequada posto que, na maioria dos casos, o administrador utiliza a licitação pública para maquiar desvios de verbas, lavar e superfaturar preços, indo de encontro aos interesses tutelados pela Administração Pública.

**PREFEITO MUNICIPAL – OBRA REALIZADA SEM A FORMA PREVISTA PARA DISPENSA DE LICITAÇÃO – PREÇO MUITO SUPERIOR AO DE MERCADO.** Prefeito municipal que aproveita situação de calamidade pública no município e realiza obra de cobertura em aterro municipal, sem licitação. Há tempo a obra era reclamada, não tendo sido cumpridas as formalidades previstas no § único do art. 26 da Lei n. 8.666, além de que o preço pago à empresa que executou o serviço, ficou 100% além do que já fora pago, anteriormente, a outra empresa, por obra semelhante.

Tipicamente o crime de segunda parte do art. 89 da Lei n. 8.666. Procedência parcial da ação. Unânime.

Na presente decisão, o Egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul foi unânime em reconhecer a tipificação do crime licitatório do art.89, uma vez que o então Prefeito, aproveitando-se de situação de calamidade pública, contratou uma empresa sem o devido processo licitatório e as observâncias legais e que ao final, restou provado que a referida empresa cobrou o equivalente a 100% a mais do que fora pago a empresa anterior que fizera serviço semelhante; observa-se assim que a autoridade administrativa (Prefeito) dispensou licitação fora das hipóteses legais e que existiu vantagem econômica indevida por parte da empresa contratante que majorou demasiadamente os seus serviços.

### 4.3 Sujeitos

O sujeito ativo descrito no caput do art. 89 é o servidor público (*intraneus*), responsável pelo ato de dispensar, inexigir e proceder com os atos de diligência. Por ser um crime que necessita de qualidade específica (servidor público), é classificado como crime próprio.

O parágrafo único do artigo prevê o sujeito ativo particular (*extreus*), ou seja, aquele que concorre para dispensa ilegal auferindo vantagem econômica.

O sujeito passivo é o Estado, personificado na pessoa jurídica que foi lesionada pelo processo licitatório fraudulento. Alguns doutrinadores consideram que os outros participantes do processo licitatório também se enquadram na condição de sujeito passivo, todavia essa opinião não é maioria, pois poderá haver o cancelamento do procedimento licitatório sem a feitura

Ineficácia dos artigos 89 e 96 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Federal (Lei nº 8.666/1993)

do contrato, não havendo que se falar em prejuízo para os participantes.

#### **4.4 Elemento subjetivo**

No *caput* do art. 89 está previsto o dolo genérico de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais, tendo ciência o servidor de que tal conduta é ilícita.

O servidor público que não observa as formalidades necessárias, sabendo que está sendo imprudente, também incorre no dolo genérico.

É admissível o dolo eventual, ou seja, o servidor tem dúvidas sobre a ilegalidade da prática de determinados atos, mas, mesmo assim, resolve assumir o risco de praticá-los. Nesta situação, ocorrendo a prática de um crime licitatório, o servidor deverá responder criminalmente e nas demais searas que se fizerem necessárias.

No parágrafo único do artigo em questão é somado ao dolo genérico o dolo específico que consiste na vontade de auferir vantagem econômica com o procedimento licitatório ilegal.

LICITAÇÃO – Crime do art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/93 – Agente que, na qualidade de presidente de comissão gestora de festa do interesse da municipalidade, celebra contrato público, por delegação imposta por decreto do Prefeito Municipal, dispensando licitação fora das hipóteses legais –Caracterização – Dolo específico – Desnecessidade –Recurso improvido.

#### 4.5 Concurso de normas e de crimes

O tipo penal do art. 89 pode ser acompanhado de outros crimes previstos em lei, por exemplo, quando o servidor solicita ou recebe vantagem econômica para inexigir ou dispensar licitação, incorrendo no crime de corrupção passiva, enquanto o contratante que oferece vantagem econômica responderá pelo crime de corrupção ativa. Poderá ainda haver um conluio entre diversos servidores para cometer o ilícito penal descrito, configurando, assim, o crime de quadrilha ou bando, respondendo também o agente pelo art. 89 em concurso material com as outras condutas típicas praticadas.

CRIMINAL – HC – LAVAGEM DE DINHEIRO, SONEGAÇÃO FISCAL, CORRUPÇÃO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA – OPERAÇÃO ALBATROZ – TRANCAMENTO DE INQUÉRITO – PROCEDIMENTO INSTAURADO COM BASE EM INVESTIGAÇÃO DEFLAGRADA POR DENÚNCIA ANÔNIMA–AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE–FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA – FATOS CONTROVERTIDOS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO – ORDEM DENEGADA – Hipótese em que o paciente – Presidente-Geral de Licitação do Estado do Amazonas – está sendo investigado sob a suspeita de ter participado de operações de lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, corrupção e formação de quadrilha na Administração Pública do Estado do Amazonas, condutas apuradas pela Polícia Federal na chamada “Operação Albatroz”. [...] Não há que se falar em ausência de justa causa para a investigação criminal, a qual só pode ser abstida na hipótese de flagrante e inequívoca atipicidade ou impossibilidade de ser o indiciado o autor dos fatos, o que, *primo oculi*, não se verifica [...]. Ordem denegada

#### **4.6 Pena**

O art. 89 prevê pena de detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Quanto à pena de multa, comentários foram realizados na subseção 3.5 da seção 3.

No que se refere à pena de detenção, por possuir mínima superior a dois anos, não poderá haver suspensão condicional da pena, conforme art. 77 do Código Penal e nem a aplicação da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/1995. Por outro lado, como possui a mínima inferior a quatro anos, poderá iniciar seu regime de forma aberta, conforme dispõe o art. 33, § 2º, a, do CP; ou até mesmo substituí-la por duas restritivas de direitos, ou uma restritiva de direito e multa, nos termos do art. 44 do mesmo diploma.

Desta forma, observa-se que por mais que o legislador haja tentado tornar os tipos penais licitatórios mais severos, as penas mostram-se insuficientes e pouco intimidadoras no intuito de evitar a prática delituosa, posto que, no dispositivo em análise, a pena de detenção terá seu *quantum* máximo em 5 anos, que poderá ser revestida em espécies mais brandas de pena.

Além disso, tais penas excessivamente brandas dão à população uma impressão de impunidade, fazendo com que a justiça fique desacreditada.

#### **4.7 Pontos de ineficácia do dispositivo penal**

Um dos principais pontos de discussão sobre a ineficácia do art. 89 encontra-se no seu parágrafo único, dado que o

legislador criou uma condição objetiva de punibilidade, ou seja, o particular que concorrer para o crime e não auferir vantagem econômica com o delito não poderá ser responsabilizado, visto que para a configuração do tipo em comento faz-se necessário auferir vantagem econômica. Essa interpretação é estranha ao que estabelece o Código Penal, conforme ditames do art. 29, que estabelece que será punido aquele que incorre para o crime na medida da sua culpabilidade, ou melhor, o particular que concorrer para o delito, mesmo que não receba vantagem econômica, deverá ser responsabilizado.

Esta limitação dada pelo legislador é taxada pela doutrina como “exigência de um dolo específico”, isto é, auferir vantagem econômica.

Há de se convir, porém, que o particular que participou do delito e não recebeu vantagem econômica foi sujeito da ação e colaborou para um ilícito penal, devendo assim ser punido em sua responsabilidade. Todavia, conforme analisado, o art. 89 criou uma condição objetiva de punibilidade e que devido à falta de técnica legislativa ocasiona a impunidade de agentes criminosos.

Assim, o parágrafo único que originalmente dispõe:

*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;*

Poderá ser reescrito da seguinte forma: *Na mesma pena incorre aquele que concorrer para dispensa ou inexigibilidade ilegal, dela beneficiando-se para celebrar contrato com o Poder Público.*

Importante fonte de questionamento reside na determinação do momento da configuração da situação

justificadora de licitação inexigível ou dispensável, pois, não raras vezes, o administrador considera que determinada situação se encontra no arcabouço legal, porém o Tribunal de Contas não possui a mesma interpretação. Esta incongruência resulta em números cada vez maiores de processos a serem julgados pelo Poder Judiciário, que se vê abarrotado de casos em que há má interpretação dos dispositivos legais. Tal circunstância seria evitada se houvesse maior clareza por parte do legislador quando da confecção dos artigos.

A pena de multa, conforme já analisada na seção 3, subseção 3.5, e muitas vezes inutilizada pelos juízes de direito, pois é árdua tarefa de estabelecer quanto foi a vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo sujeito da infração, visto que ao se analisar a conduta do caput do art. 89 – “Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”, observa-se que não há qualquer menção ao recebimento de vantagem econômica. Neste íterim, caso o administrador público dispense licitação fora das hipóteses legais, mas esta se fez de acordo com os preços do mercado, estaria ele auferindo vantagem econômica? Será necessária a contratação de uma empresa especializada em perícia contábil para avaliar os valores do contrato? Se houve vantagem econômica, qual foi o seu valor? Não há como responder tais questionamentos sem ferir o princípio da Segurança Jurídica. O patamar estabelecido em lei de 2% a 5% pode se mostrar insuficiente à verdadeira vantagem obtida pelo agente.

No parágrafo único a lei estabeleceu a vantagem econômica como condição objetiva de punibilidade do particular, mas também não há como precisar com certeza a vantagem econômica por este recebida, pois os lucros auferidos tanto financeiramente quanto potencialmente não podem ser seguramente valorados.

Diante do descrito, os juízes por não possuírem provas

suficientes sobre a vantagem de fato recebida pelo agente público ou particular participante, deixam de aplicar o disposto na pena no que se refere à multa. Havendo assim ineficácia do dispositivo legal e a não punição adequada àqueles que o lesionaram.

## **5 Tipos penais em espécie da lei de licitações e contratos – art. 96**

### **5.1 Visão preliminar**

O presente tipo penal é o mais extenso e gravoso de toda a Lei Licitatória, prevendo diversas condutas em seus incisos, sendo estas classificadas pela doutrina pátria como crimes de dano, uma vez que a sua prática ocasiona prejuízo ao Erário Público. Neste sentido o art. 96 da Lei Licitatória estabelece que:

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.

Em notícia publicada no jornal Folha de Pernambuco,

Ineficácia dos artigos 89 e 96 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Federal (Lei nº 8.666/1993)

em 14/12/2013, observam-se com clareza algumas figuras do art. 96 da Lei Licitatória:

A “Operação Fastio” deflagrada pela Polícia Federal (PF) em parceria com a Controladoria Geral da União (CGU) investiga um *esquema de fraude de licitação* de merendas em 10 escolas envolvendo quatro prefeituras – São Lourenço da Mata, Vitória de Santo Antão, Ipojuca e Salgadinho. Na coletiva de imprensa, realizada nesta tarde, na sede da Polícia Federal, o superintendente da PF Marcello Diniz Cordeiro explicou detalhes do caso, onde as empresas M.P. Distribuidor de Produtos Alimentícios Ltda., localizada no município de Camaragibe, A.S Comércio e Representações Ltda. e Alves e Souza Distribuidoras de Alimentos, ambas no bairro da Imbiribeira são acusadas de forjarem concorrência durante o processo. Também pesam sobre elas a acusação de possuir sócios que são parentes próximos (irmão, filho, pai) nas três empresas e ainda *superfaturar o preço das mercadorias fornecidas a várias prefeituras por preços que variavam de 15% a 95%*.

A PF também apurou o fornecimento de mercadorias por empresas diferentes das contratadas por uma prefeitura e a utilização de laranjas nos contratos com essas distribuidoras. No galpão pertencente à empresa M.P. Distribuidor, que tem contratos firmados com as prefeituras de São Lourenço da Mata e Vitória de Santo Antão, foram encontrados pelos policiais *pacotes de flocão de milho com a validade adulterada*. O alimento seria usado na merenda das escolas. Também foi encontrado na residência de dois suspeitos um revólver calibre 38 e quantia de R\$ 37 mil reais.

Ao total 15 pessoas estão envolvidas e sete empresários se apresentaram espontaneamente para prestarem depoimento. As investigações foram iniciadas em 2011, após uma denúncia feita ao Ministério Público de Pernambuco por uma empresa que teria saído prejudicada durante o processo de licitação. “*Essas investigações são mais demoradas porque dependem de análises e perícias das documentações apreendidas, vamos ouvir outras testemunhas e, por isso, não podemos estipular prazos*”

para o fim do inquérito”, explicou o chefe da delegacia de Combates a Crimes Financeiros da Polícia Federal no Estado, Daniel Silvestre de Lima.

Os envolvidos podem responder por *crime de fraude a licitação, elevação arbitrária de preço*, formação de quadrilha e falsidade ideológica. As penas somadas chegam a 18 anos de prisão, e caso seja comprovada a participação dos prefeitos no esquema, a pena por desvio de dinheiro pode chegar a 12 anos.

Esta notícia é apenas mais um exemplo dos diversos delitos que ocorrem todos os dias no nosso país. Nela observa-se a prática de pelo menos 3 (três) incisos do artigo em comento, haja vista, que os empresários das empresas investigadas na “Operação Fastio” elevavam arbitrariamente os preços das mercadorias fornecidas na merenda escolar, vendiam como perfeita a mercadoria deteriorada e alteravam a substância, qualidade e quantidade da mercadoria fornecida.

Tais condutas, além de causar sérios prejuízos financeiros ao Erário Público, puseram em risco a integridade física dos alunos e colaboradores das creches municipais, tornando ainda mais urgente o anseio social por uma punição severa a esses agentes criminosos.

Como tais tipos penais constituem crime de dano, ou seja, é condição necessária para a sua configuração um efetivo prejuízo ao erário público, não haverá enquadramento no crime licitatório se não houver efetivo prejuízo à administração, conforme jurisprudência abaixo assentada:

**CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA –**  
Licitação - Tipo previsto no art. 96, III, da Lei 8666/93  
– Atipicidade - Falta de comprovação de prejuízo da Fazenda Pública e de obtenção de vantagem econômica indevida pelo licitante.

**Ementa:** DENÚNCIA CRIME. PREFEITO MUNICIPAL. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201 /67 E ARTIGOS 90 E 96, I, DA LEI Nº 8.666 /93. DESVIO DE BENS PÚBLICOS. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. ELEVAÇÃO ARBITRÁRIA DE PREÇO, EM PREJUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA. AJUSTE DOS DENUNCIADOS PARA AFASTAR O CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO DE APENAS UMA EMPRESA EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, COM DOCUMENTAÇÃO FORJADA (CERTIDÕES OBRIGATÓRIAS FALSIFICADAS). EMISSÃO DE NOTAS DE EMPENHO E EFETIVAÇÃO DE PAGAMENTO POR PREÇO SUPERIOR ÀQUELE HOMOLOGADO NO CERTAME. DESVIO, OUTROSSIM, DE PARTE DAS MERCADORIAS ADQUIRIDAS (MATERIAL ESCOLAR), QUE FORAM APENAS PARCIALMENTE ENTREGUES ÀS ESCOLAS MUNICIPAIS. PRETENZA FALTA DE JUSTA CAUSA AFASTADA. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. PRETENZA AUSÊNCIA DE DOLO OU MÁ-FÉ NÃO DEMONSTRADAS DE PLANO. ELEMENTO SUBJETIVO QUE DEVERÁ SER APURADO NA INSTRUÇÃO. NARRATIVA DA DENÚNCIA QUE DESCREVE CONDUTAS QUE CARACTERIZAM, EM TESE, OS CRIMES IMPUTADOS. DENÚNCIA RECEBIDA. ‘Para o recebimento da denúncia, basta que da narração dos fatos decorra conclusão sobre a existência do crime e indícios, simples indícios, da autoria, presentes as condições da ação, não incidindo a prescrição.’

Todos os tipos penais previstos no art. 96 referem-se à fraude na licitação ou contratos relativos à aquisição ou venda de bens ou mercadorias. Por esta razão o ilustre Meireles (2006) denomina a referida conduta criminosa como *estelionato licitatório*, uma vez que o agente obtém para si vantagem ilícita,

em prejuízo de terceiro – no caso o erário público – utilizando-se de meio fraudulento.

## **5.2 Objetividade jurídica**

A objetividade jurídica do presente tipo é salvaguardar o patrimônio público da entidade que sofre prejuízos resultantes de certames fraudulentos. Busca-se, portanto, zelar pelo dinheiro público pertencente à Administração, seja direta ou indiretamente.

## **5.3 Sujeitos**

O sujeito passivo é, conforme expressão da lei, a Fazenda Pública que, em sentido técnico-jurídico, abrange todo o patrimônio dos entes de direito público, quais sejam, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as Autarquias e as Fundações Públicas de Direito Público, conforme se extrai da Lei N° 6.830/1980, em seu art. 1°.

O sujeito ativo é todo aquele que, se utilizando das vias de execução previstas no art. 96, frauda contrato ou licitação, ou seja, se a empresa A entrega mercadoria deteriorada à Administração Pública, por tal conduta deverá ser responsabilizada, independente de ser pessoa jurídica. Outro exemplo seria o servidor público que, em conluio com um dos licitantes, eleva arbitrariamente os preços; responderá por este tipo penal, não excluindo outros que o agente também venha a infringir.

#### **5.4 Tipo penal objetivo e subjetivo**

Por meio da análise do disposto no art. 96 da Lei Nº 8.666/1993, infere-se tratar de uma modalidade do crime de estelionato, porém este é praticado exclusivamente em prejuízo à Fazenda Pública.

Por tratar-se de um tipo que exige fraudes em contratos já firmados entre a Administração e terceiros de má-fé, não há aplicação deste dispositivo penal em casos não oriundos de licitação, ou seja, contratos decorrentes de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Trata-se de um tipo penal misto, em outras palavras, o agente que cometer mais de uma conduta prevista nos incisos do art.96, ainda que no mesmo contexto fático, responderá mais de uma vez na sanção penal estabelecida pela norma. Assim, caso o agente, no mesmo procedimento licitatório, eleve arbitrariamente o preço da mercadoria objeto da licitação (inciso I) e ainda entregue uma mercadoria no lugar de outra (inciso III), responderá penalmente como incurso duas vezes na sanção penal correspondente, na modalidade de concurso de crimes que for mais adequada.

O verbo núcleo deste tipo penal é fraudar, que significa enganar, induzir ou manter a vítima em erro. Assim, o artigo 96 elenca cinco espécies de fraude, que terão suas peculiaridades analisadas a seguir:

##### **I. Elevando arbitrariamente os preços**

O agente que eleva arbitrariamente, sem justo motivo ou incompatível com as práticas de mercado atual, incorre no inciso I do art. 96; tal tipificação do crime ocorre independentemente da concordância do agente público responsável pela compra, pois, muitas vezes, este se mostra obrigado a adquirir tais

mercadorias com preços elevados, haja vista, a não interrupção do fornecimento de serviços essenciais (Ex: medicamentos, instrumentos hospitalares e livros escolares). Assim, independente da concordância do agente público haverá tipificação do tipo.

II. Vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada.

O agente que vende mercadoria falsificada ou deteriorada para a Administração Pública será responsabilizado, pois há consumação do delito em análise. Consuma-se o crime no ato da entrega do produto; é neste momento que é feita a avaliação sobre a mercadoria ou bem que a Administração está recebendo. Tal posicionamento é confirmado pelo ilustre Paulo José da Costa Júnior (1994, p.52):

Relevante o momento fraudulento da conduta, que deverá apresentar-se por ocasião do fornecimento ou da entrega da mercadoria. Se o agente diminuir inicialmente, na embalagem da res, a quantidade, para depois, arrependido, repor a mercadoria faltante, não se aperfeiçoa o delito, que está condicionado ao prejuízo efetivo da Administração Pública.

O servidor público que recebe mercadoria, sabendo que a mesma é falsa ou deteriorada, será responsabilizado penalmente por colaboração no delito, conforme se infere do art. 29 do Código Penal Pátrio.

III. Entregando uma mercadoria por outra

O agente que entregar mercadoria diversa da pactuada,

prática fraude, visto que deveria entregar o produto estabelecido entre as partes no contrato, e não mercadoria diversa.

Ademais, conforme explicado anteriormente no tópico concurso de penas, as condutas tipificadas no art. 96 são autônomas e cumulativas, ou seja, o agente que entrega mercadoria falsificada para a Administração comete dois ilícitos previstos no artigo em voga, pois entrega produto falsificado e mercadoria diversa da estipulada (incisos II e III).

É necessário o prejuízo à Fazenda Pública, dado que a entrega de produto distinto do estipulado, porém de mesma qualidade ou melhor, constitui situação atípica que não será punida, dada a não previsão legal.

IV. Alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida.

O agente que altera substância, qualidade ou quantidade de mercadoria fornecida será punido pela fraude cometida à Administração Pública. Como já comentado, é de suma importância a lesão à Fazenda Pública, pois, caso haja alteração do produto em sua qualidade, substância ou quantidade, e esta alteração for superior ao estipulado, o fato seria atípico, visto que a administração se beneficiaria com tal modificação.

**FRAUDE NA LICITAÇÃO.** Praticam o delito previsto no art. 96, IV, da Lei 8.666/93 os agentes que, mediante ajuste, fraudam, em prejuízo do Município, licitação instaurada para aquisição de reservatório de água, alterando a substância, qualidade e quantidade da mercadoria fornecida. Condenação mantida.

V. Tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato

Tal dispositivo trata-se de norma genérica, abrange as outras hipóteses fraudulentas existentes e não listadas nos quatro incisos anteriores do art. 96.

Oportuno é o esclarecimento fornecido por Pereira Júnior (2009, p.869):

Esta cláusula final é genérica e permite a interpretação analógica da enumeração, de modo a abranger as hipóteses de fraudes não especificadas anteriormente que onerem a proposta, deixando-a mais custosa para o erário, ou a execução do contrato, obrigando o Estado a mais alto custo para satisfazer a obrigação. Este maior ônus para o Estado deve ser injusto, ou seja, não decorrer de causa lícita que proporcione ao agente majorar as condições da proposta ou execução do contrato.

### **5.5 Concursos e consumação**

A configuração do presente artigo absorve os crimes dos artigos 90, 93 e 95 da lei em comento, quando se utiliza de fraude ou conluio para sua configuração.

Contudo, haverá concurso material quando houver condutas típicas de corrupção passiva ou ativa.

O crime consuma-se com a ocorrência do resultado naturalístico, ou seja, um prejuízo efetivo ao Erário Público. Portanto, trata-se de um crime material, pois exige o resultado (prejuízo). Assim, consuma-se o crime no momento em que a administração paga ao fornecedor a fatura fraudulenta prevista nos incisos, caso tal pagamento não se realize por circunstâncias alheias à vontade do sujeito ativo, este responderá a título de tentativa.

**CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**  
– Fraude à licitação - Caracterização – Apresentação da proposta com preço superfaturado com réus que, ajustando a divisão do lucro, agiram em conluio para que a adjudicação recaísse em favor de um deles – Dolo de se locupletarem à custa da Fazenda Pública evidente – Inteligência do art. 96. I, da Lei 8666/93.

### **5.6 Pontos de ineficácia do dispositivo penal**

O art. 96 prevê uma série de condutas puníveis em seus 5 (cinco) incisos, contudo, tais tipos por força de lei, são taxativas, ou seja, não podem ser ampliadas por força de interpretação. Assim, o seguinte questionamento pode ser levantado: O contrato de prestação de serviço ou de construção de uma obra que se enquadrar nas hipóteses do art. 96 será punido de acordo com os tipos da lei penal licitatória? A resposta é negativa, pois a lei é muito clara em prever “Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para *aquisição de bens ou mercadorias*. Desta feita, abstraímos o principal ponto de ineficácia do dispositivo em comento, visto que o agente que fraudar contrato de obra, por exemplo, não será punido neste tipo penal, caso pratique qualquer dos tipos do art. 96, como elevação arbitrária do preço, dado o princípio da Taxatividade. Assim, adverte Greco Filho (2007, p. 117): “[...] o mesmo tipo de conduta e prejuízo pode ocorrer relativamente a contratos de prestação de serviços e, com maior frequência, em contratos de obras.”.

A situação se repete quando o agente fraudar contrato estabelecido sem licitação, ou seja, nas hipóteses de contratação por inexigibilidade ou dispensa, previstas nos arts. 25 e 26 da Lei Licitatória, visto que não responderá pelo artigo em análise, dado que a mesma não está prevista no rol incriminador.

Infelizmente, não são poucos os casos vistos nos noticiários que informam a população de superfaturamento de obras, construções de hospitais e escolas. Estes exemplos ficam ainda mais evidentes em nosso próprio Estado, v. g. a construção da ponte mais cara do mundo, dado o seu orçamento ter extrapolado 150% do valor inicial da obra.

Assim, o art.96 que originalmente dispõe: “Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para *aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou o contrato dela decorrente;*” poderá ser reescrito da seguinte forma: *Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, e contratação a qualquer título, ou o contrato dela decorrente.*

Faz-se necessário ainda incluir um parágrafo único no dispositivo dispondo: “Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, fraudar contrato nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação”.

## **6 Considerações finais**

O presente trabalho investigou as possíveis causas de ineficácia dos dispositivos penais previstos nos artigos 89 e 96 da Lei nº 8.666/1993, à luz da legislação, doutrina e jurisprudência.

Na seção 2, subseção 2. 4, é importante salientar a revogação dos artigos 326, 335 e 336 do Código Penal, uma vez que a Lei nº 8.666/1993 dispõe totalmente sobre a matéria nos seus artigos 89 a 98, nos moldes do artigo 2 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro.

Ainda sobre o tema, o agente servidor que praticar condutas criminosas previstas na lei licitatória poderá responder nas esferas administrativa, civil e penal, não constituindo tal

enquadramento como *bis in idem*, dado a previsão expressa do artigo 82 da lei licitatória (responsabilidade extrapenal).

Na seção 3, subseção 3.1, ressalta-se a alteração legislativa trazida no texto da lei licitatória, que adaptou o artigo 327 do Código Penal às modificações propostas pela doutrina e jurisprudência pátria (inclusão dos agentes públicos que atuam na Administração Indireta), assim como incluiu previsão de aumento de pena para os servidores que exercem função de confiança.

Na subseção 3.5 abordou-se um dos assuntos mais polêmicos da presente pesquisa, que consiste na previsão da pena de multa, extremamente criticada pela doutrina nacional, uma vez que esta afronta o Princípio da Segurança Jurídica, dado que a pena de multa é fixada com base no valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferida pelo agente criminoso e, muitas vezes, os julgadores não aplicam essa penalidade por não conseguirem precisar o valor exato ou aproximado da vantagem obtida, ou, por que o tipo penal examinado não dispõe sobre qualquer vantagem obtida, tal como estabelece o artigo 93 da lei licitatória.

O legislador criou no tipo penal do artigo 89, parágrafo único, uma condição objetiva de punibilidade, uma vez que somente será punido o particular que concorre para o delito e dele recebe vantagem econômica - é o que a doutrina denomina crime “dolo específico”. Neste sentido, o particular que, concorrer para o delito e dele não se beneficiar, não responderá por delito nenhum, afrontado o que preconiza o artigo 29 do Código Penal e se tornando uma causa de ineficácia do dispositivo criminal.

Isto posto, a título de sugestão, é proposta a construção do parágrafo único da seguinte forma: *Na mesma pena incorre aquele que concorrer para a dispensa ou inexigibilidade ilegal, dela beneficiando-se para celebrar contrato com a Administração Pública.*

As hipóteses do art. 96 são taxativas, e, por consequência, não poderão ser ampliadas pelo julgador. Ocorre que, a presente norma não estabeleceu como hipótese de incidência penal a contratação de prestador de serviço ou, ainda, a contratação de empresa para a construção de uma obra. Em tais situações, caso haja a configuração de quaisquer dos incisos do artigo, não poderá o julgador aplicar a pena devida, por ausência de previsão legal.

Desta feita, o presente tipo penal mostra-se ineficaz, por não abarcar as situações de contratação de empresas para a prestação de serviços ou construção de uma obra, casos que, em geral, mostram-se típicos nas denúncias de corrupção.

Assim, é proposta a construção do parágrafo único, do artigo em comento, da seguinte forma: *Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens e mercadorias, e contratação a qualquer título, ou o contrato dela decorrente.*

Tendo em vista que os tipos penais do art. 96 da Lei de Licitações e Contratos também não se aplicam as hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, propõe-se a construção de um parágrafo único dispondo: *“Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, fraudar contrato nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação”.*

Observa-se, portanto, que a norma vigente em nosso ordenamento jurídico há 22 anos, possui falhas técnicas, conforme analisado nos dois dispositivos penais, o que pode ensejar a não punibilidade de agentes criminosos que, por mais que pratiquem conduta incompatível com a moral e a ordem, não poderão ser punidos.

Assim, por meio das informações levantadas, foi possível construir o esboço da redação dos dois dispositivos penais em comento, de forma a melhor descrevê-los e por consequência poder tornar possível o papel do julgador, que não raras vezes,

Ineficácia dos artigos 89 e 96 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Federal (Lei nº 8.666/1993)

mostra-se impossibilitado de aplicar o direito por ausência de previsão legal.

**Ineffectiveness of Articles 89 and 96 of the Bidding Law and Contracts the Federal Public Administration (Law n. 8.666 / 1993)**

**Abstract:** Born result of public outcry and the authorities struggle, the Law No. 8.666/1993 want to become impersonal process of hiring in the public sector, providing punishment for those who try to distort the bidding process. It happens that, through the years, the legal provision was not effective, given often its primary aim was not achieved, since the criminal elements could escape of an effective punishment, either through legislative loopholes, is the absence of want to punish. The present work has the purpose to comment on the ineffectiveness of the criminal offenses of Articles 89 and 96 of Law No. 8.666/1993, and with the goals: Specific, technical legal work defending the completion of course, a prerequisite for obtaining a bachelor's degree in law, the Federal University of Amazonas; General, make public a detailed study about the ineffectiveness of two criminal types of bidding law, describing its historical, criminal oversight, hallmarks principles, duration and other characteristics necessary for show the ineffectiveness of the articles. The topic is current and relevant, since the news of crimes bidding is already part of the daily life of our population, so it's necessary carry out a technical and legal study to propose amendments to the letter of the law, thus making it not only current, but also effective. To begin investigation of this research, we adopted the inductive method, by analyzing the relevant legislation, doctrine and jurisprudence homeland. To report the outcome of the research was used the mode descriptive account proposed by BARRAL (Methodology of Legal Research, 2010). In a few words, this study aims to elucidate the points of ineffectiveness

of criminal law articles of the current bidding, suggesting, at the end, two amendments to the legal text, seeking to make it effective.

**Keywords:** Bidding Law. Criminal Types. Ineffectiveness. Impunity. Modifications Pertinent

### Referências

ARAÚJO, M. PF deflagra esquema de fraude em 4 cidades de PE. *Folha de Pernambuco*, Pernambuco, 14 dez. 2013.

BARRAL, W. O. *Metodologia da pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BIOLCHINI, A. *Codificação da contabilidade pública brasileira vol. II*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930. v. 2.

COSTA JÚNIOR, P. J. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 1994.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Das licitações públicas*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.

FAZZIO JÚNIOR, W. *Fundamentos de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros editores, 1998.

FERREIRA, A. B. H. *Dicionário da Língua Portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FREITAS, A. G. T. de. *Crimes na Lei de Licitações*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

GASPARINI, D. *Crimes na licitação*. São Paulo: NDJ, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO FILHO, V. *Dos crimes da lei de licitações*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Ineficácia dos artigos 89 e 96 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Federal (Lei nº 8.666/1993)

\_\_\_\_\_. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, H. L. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIRABETE, J. F. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, C. O Mouse contra os Ratos. *Revista Veja*, São Paulo, ano 38, n. 23, p.136-137, 8 jun. 2005.

NUCCI, G. de S. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

PEREIRA JÚNIOR, J. T. *Comentários à Lei das Licitações e Contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SLAIBI FILHO, N. A norma Constitucional. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 17, p. 123-153, 2002.