

ALGUMAS IRREGULARIDADES NO ÂMBITO DO PROCESSO DE LICITAÇÃO CONFIGURADORAS DE RESPONSABILIDADE CRIMINAL

Herbert Vitório Serafim de Carvalho
Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

1. Introdução

Observa-se, atualmente, um movimento de moralização e intolerância pela população brasileira contra a corrupção que assola as entranhas de todos os níveis dos poderes constituídos. É premente a necessidade de corrigir e punir a malversação do dinheiro público, transformando o atual estágio de letargia do cidadão em ativo fiscalizador do adequado uso dos recursos públicos, para tanto exigindo um compromisso dos gestores públicos com a ética e a transparência na gestão desses recursos.

Ao longo da história, analisando-se situações vivenciadas por diversos municípios espalhados pelo Brasil, observa-se que a corrupção se constitui na causa principal de decadência das cidades e conseqüente empobrecimento físico e moral da população. É fácil perceber quando um município possui um mau gestor público. Nesses casos, os sinais de corrupção são identificados na falta de verbas para obras públicas e para a manutenção dos serviços da cidade, afetando a qualidade da educação, a assistência à população carente e o atendimento à saúde.

No caso específico dos municípios brasileiros, a maior parte dos focos de corrupção é encontrada no processo de licitação. Nesse procedimento, o prefeito, juntamente com seus assessores, em conluio com empresas especializadas em desviar dinheiro público, passam a fraudar o procedimento licitatório. Entre as várias irregularidades encontradas nas fiscalizações realizadas pelos Tribunais de Contas, destacam-se: o superdimensionamento das quantidades de material, a omissão de serviços e materiais necessários, a introdução de defeitos no projeto e o sobrepreço de materiais. Ressalte-se que, em muitos casos, as construtoras entregam ao órgão responsável pela licitação o projeto já pronto, para ser licitado e adjudicado a uma empresa previamente escolhida. Atualmente, os instrumentos de corrupção vêm se aperfeiçoando em velocidade muito maior do que os meios

de controle da legalidade. Estes meios, contemporaneamente, possuem procedimento burocrático, que possibilita a manipulação do processo de licitação e, conseqüentemente, a fraude.

São várias as situações de irregularidades nos processos de licitação, as quais acarretam conseqüências cíveis, criminais e administrativas. Ante tais fatos, este trabalho pretende pontuar corriqueiras violações da Constituição e da lei a partir da análise dos princípios norteadores da Administração Pública e das responsabilidades. Para tanto, apontará situações onde há utilização de empresa “fantasma”, licitações direcionadas ou fracionadas, utilização de notas fiscais frias, duplicadas ou seqüenciadas, entre outras violações passíveis de responsabilidade criminal.

A Constituição Federal prevê, em seu art. 37, *caput*, os princípios que servem de referencial à atividade administrativa nos níveis federal, estadual e municipal. São eles:

a) Princípio da legalidade: é princípio basilar de toda a atividade administrativa. O administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal; sua atuação tem de cingir ao que a lei impõe.

b) Princípio da impessoalidade: indica que a Administração Pública deve dispensar o mesmo tratamento a todos os administrados que estejam na mesma situação jurídica.

c) Princípio da moralidade: exige que o administrador se pautar por conceitos éticos. Aplica-se também ao particular que se relaciona com a Administração Pública.

d) Princípio da publicidade: a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras a um maior número possível de pessoas.

e) Princípio da eficiência: introduzido pela EC nº 19/98, procura estabelecer a produtividade e economicidade, exigindo a redução dos desperdícios de dinheiro público.

Não são apenas esses princípios expressos que balizam a atividade administrativa. Há outros princípios administrativos disseminados, de forma implícita ou explícita, ao longo da Constituição Federal e na legislação ordinária. O direito brasileiro centraliza na contrariedade a tais princípios o cerne dos atos de

improbidade administrativa e sua reprovação legal. E, com isso, fortalece o conjunto de instrumentos jurídicos destinados à proteção do patrimônio público econômico.

A legalidade, como princípio da administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum. Deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal. A Administração Pública tem o poder de aplicar a lei e a obrigação de estimular sua observância, sendo a ilegalidade indício exterior e imediato de improbidade. A esse respeito, afirma Waldo Fazzio Júnior¹:

O princípio da legalidade determina que toda conduta administrativa se desenvolva conforme a lei, de modo que no Estado *de* Direito, que é também Estado *do* Direito, qualquer autoridade que decida, sem observar os lindes estabelecidos por uma lei em sentido material, estará desenganadamente subvertendo as finalidades da atividade administrativa.

Como consequência, deve-se administrar de forma impessoal, tendo em vista a conservação dos objetivos postos na lei. Estando a serviço do interesse público, o servidor labora em nome do Estado. Quando, eventualmente, dele se afasta, despe-se dessa investidura e chama para si a responsabilidade pelos atos que pratica. A expressão “moralidade administrativa” pode ser entendida como a necessária correspondência entre os motivos determinantes da conduta administrativa e suas finalidades concretas. Segundo o referido autor², “a moralidade administrativa, por mais que tenha em conta o patrimônio público econômico, não é aferida em moeda, de modo que pouco importa se o ato resultou em prejuízo econômico ou não para a entidade; basta para tanto o dano moral, sempre acompanhado do descrédito dos administrados”.

A publicidade é o elemento de ligação com a coletividade, sendo requisito de eficácia jurídica do ato administrativo para a produção válida de efeitos externos. Assim, o agente público não pode atuar clandestinamente. Deve dar plena ciência

¹FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas., 2007. p. 8.

²FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, p. 17.

de seus atos aos superiores hierárquicos e, sobretudo, à sociedade, quando isso se fizer necessário, evidenciando-os como legais. Todavia, a publicidade não significa fazer propaganda, promover ou se promover. Seguindo o paradigma do art. 37, § 1º, da Constituição Federal, significa educar, informar ou orientar, não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou quaisquer outros servidores públicos. A publicidade envolve impessoalidade.

A diretriz constitucional da eficiência “encontra suas melhores possibilidades de realização, na tríade transparência, planejamento e equilíbrio. Administrar com eficiência significa, sobretudo, maximizar o resultado social colimado pelas leis. A eficiência conforme a lei é indutora da eficácia na materialização do interesse público”³. Nessa perspectiva, a regra geral da licitação determina que, exceto nos casos legais de dispensa e inexigibilidade, obras, serviços, compras e alienação serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições aos concorrentes.

2. Dever geral de probidade e ato de improbidade administrativa

Em harmonia com os preceitos constitucionais, o art. 4º da Lei nº 8.429/92 estabelece o dever geral de probidade. Nesse sentido, dispõe que os agentes públicos, de qualquer nível ou hierarquia, são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, no trato dos assuntos que lhes são afetos. Sobre a matéria, esclarece Waldo Fazzio Júnior⁴:

O agente público que, direta ou indiretamente, desatender o dever de probidade, enunciado no art. 4º da Lei nº 8.429/92, realizará conduta lesiva da probidade administrativa, nas suas dimensões moral e material. Desde logo se insere no comando do art. 11 da Lei de regência. Pode, conforme os efeitos produzidos pela sua atuação, a maior ou menor carga de má-

³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, p. 21.

⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, p. 39.

fé e a eventual repercussão sobre o erário, se enquadrar no art. 9º (enriquecimento ilícito) ou no art. 10 (lesão ao erário).

A ação em que se examina ato de improbidade administrativa não tem caráter penal. Porém, acarreta conseqüências políticas (suspensão dos direitos políticos), administrativas (perda da função pública e interdição negocial com o Poder Público) e civis (restrição à disponibilidade patrimonial de quem pratica improbidade, multa civil e obrigatoriedade de recompor o patrimônio da Administração Pública), tudo sem prejuízo da incidência da norma penal.

3. Licitação e responsabilidades

Licitação é “competição pública de candidatos, em igualdade de condições, a contratações com o Poder Público. Seu objeto consiste num conjunto de atos administrativos em seqüência, dirigidos à eleição de contratante que ofereça as condições mais vantajosas em negócio que a Administração deseja celebrar, como fase necessária do processamento da despesa pública”⁵. A obrigatoriedade de licitar decorre do art. 37, XXI, da Constituição Federal, que dispõe:

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

A legislação define seis modalidades licitatórias: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão. Todas devem observar os valores admissíveis para cada espécie. A mais importante modalidade de licitação é a concorrência. Talvez, por isso, seja o alvo predileto de diversos expedientes

⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, p. 139.

fraudulentos nas suas etapas mais relevantes, ou seja, da convocação (edital) até a contratação. Ao frustrar ou fraudar licitações, o agente público pratica crimes licitatórios, sujeitando-se à responsabilidade penal, independentemente de responder por ato de improbidade, em ação civil.

Os procedimentos licitatórios são promovidos e fiscalizados por comissão constituída para esse fim. Em regra, os delitos praticados são atribuídos aos seus membros ou aos competidores. Contudo, não há qualquer impedimento que outros agentes públicos, notadamente de hierarquia superior, influenciem o procedimento e, como co-autores diretos ou autores mediatos, cometam crime.

O §3º do art. 51 da Lei nº 8.666/93⁶ estabelece a responsabilidade solidária dos membros da Comissão de Licitação por todos os atos praticados. Todavia, conforme lembra Jessé Torres Pereira Júnior⁷, essa responsabilidade “não se restringe unicamente aos membros da Comissão, alcança, também, a autoridade que homologa o procedimento e adjudica o objeto”. Ressalte-se que a responsabilidade do gestor e da Comissão é afastada quando agem sob entendimento de parecer jurídico, desde que este esteja devidamente fundamentado, defenda tese aceitável e esteja alicerçado em base doutrinária ou jurisprudencial. Caso contrário, o autor do parecer responderá solidariamente com o gestor que praticou o ato irregular, nos termos do parágrafo único do art. 38 da citada lei⁸.

4. Algumas irregularidades enquadradas como crime no processo de licitação

A Lei nº 8.666/93, entre os arts. 89 a 99, prevê os tipos penais para enquadrar como crimes atos de improbidade que ferem a honestidade e a legalidade do certame para fraudar e burlar as regras da licitação. Tratando da ocorrência de tais atos, Waldo Fazzio Júnior⁹ afirma: “Quando se trata em fraude, de forma geral, os expedientes vão desde a pura e simples troca de envelopes de propostas

⁶ Art. 51, § 3º. Os membros da Comissão de Licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

⁷ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e contratações da Administração Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 602.

⁸ Art. 38. Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, p. 141.

até a realização de negócio superestimado, com posterior realização de uma licitação meramente teatral à base de cartas-convite encomendadas”.

Exemplos desse artifício são encontrados a partir da simples análise dos atos constitutivos das empresas que fornecem produtos e serviços perante a Junta Comercial do Estado e as receitas federal e estadual, onde se constatará que sua existência está apenas no papel. São as chamadas empresas “fantasmas”, as quais têm como sócios pessoas que emprestam seus nomes, os chamados “laranjas”. Ou então a sociedade foi constituída com a utilização de documentos de origem ilícita. Ressalte-se que essas empresas são constituídas geralmente no início do mandato do agente político eleito.

Ocorre, também, a manipulação de brechas existentes na lei de licitações, para o direcionamento do certame através da utilização, geralmente, da modalidade convite. A mais conhecida delas acontece quando são feitas exigências que poucos podem atender. Isso, conseqüentemente, inviabiliza rodízio de competidores, perpetuando as compras e serviços em uma mesma empresa. Outra forma comum de se fraudar o processo de licitação é a montagem de concorrências públicas simplesmente com o objetivo de legalizar a aquisição de materiais e serviços que, muitas vezes, nunca serão entregues ou executados.

Nesses casos, a Comissão de Licitação, quando não está envolvida no esquema de fraude, é constituída por servidores públicos despreparados e coagidos a assinar pelo agente público, ameaçados de punição. Algumas vezes, os fraudadores se utilizam de outras empresas “fantasmas” para apresentarem propostas combinadas, com o objetivo de direcionar o vencedor. Tal fato é perceptível por falhas comuns existentes nas propostas, a exemplo da repetição de dados de uma empresa na proposta de outra, cuja conduta configura ilícito capitulado no art. 90 da Lei nº 8.666/93¹⁰. A respeito da matéria, leciona Jessé Torres Pereira Júnior¹¹:

Contempla o dispositivo duas condutas distintas: frustrar (baldar, anular, impedir) e fraudar (burlar, enganar) o

¹⁰ 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.

¹¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Op. cit.*, p. 903.

caráter competitivo do procedimento licitatório. Este é da essência da licitação e, uma vez afastado, pela supressão ou pela fraude, a própria licitação deixa de existir. Equivaleria a um “jogo de cartas marcadas”, cujo desfecho já estaria previamente estabelecido em favor de um dos jogadores. Assim, os demais licitantes estariam concorrendo apenas por concorrer (cientes ou não de tal circunstância), pois que o objeto do certame já estará previamente adjudicado a um deles.

Outra espécie de fraude é a utilização nos processos de licitação de documentos falsos de outras empresas idôneas no mercado, de boa reputação, para participação no certame. O objetivo é iludir a opinião pública acerca da lisura, quando na realidade as empresas nunca apresentaram propostas. Essa forma de irregularidade é analisada por Antoninho Marmo Trevisan¹²: “O método mais usual consiste em forjar a participação de três concorrentes, usando documentos falsos de empresas legalmente constituídas. Outra maneira é incluir na licitação, apenas formalmente, algumas empresas que apresentam preços superiores, combinados de antemão, para que uma delas saia vencedora”.

Existem ainda as conhecidas notas fiscais “frias”, duplicadas ou seqüenciadas. Nesses casos, os fraudadores oferecem notas fiscais fabricadas ou duplicadas para os prefeitos apresentarem como comprovação das despesas não realizadas. Ou, quando realizadas, indicam execução de serviço ou compra de materiais supervalorizados ou superfaturados. Às vezes, as notas fiscais apresentadas por diferentes empresas possuem as mesmas características e não trazem impressos no talonário os dados da gráfica que as confeccionou, a quantidade de folhas e a data da impressão. O rol de esquemas fraudatórios é amplo. A exemplificar basta a leitura das condutas enumeradas no elenco de crimes descritos a partir do art. 89 da Lei de Licitação, na seção que trata dos crimes licitatórios.

O procedimento licitatório deve ser anulado quando a empresa vencedora desatendeu às condições de habilitação e apresentação da proposta, sendo irrelevante se o objeto do certame já está homologado e adjudicado, inclusive

¹² TREVISAN, Antoninho Marmo et al. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. 3 ed. [s.l.]: Ateliê Editorial, 2004, p. 26.

com o fornecimento do material e pagamento dos valores contratuais. Neste último caso, não havendo lesão ao erário público, em razão de ter havido o fornecimento regular do material ou serviço, não haverá devolução do pagamento, sendo vedado à Administração Pública locupletar-se indevidamente em detrimento de terceiros¹³.

Entretanto, necessário se faz observar que a lesão ao erário ocasionada pela fraude licitatória, além da incidência da norma criminal, possibilita enquadramento do agente político na Lei de Improbidade Administrativa. Significa que não se limita apenas à inexistência de alcance finalístico da contraprestação contratual, ou seja, às situações em que o objeto contratado não é cumprido e, conseqüentemente, haja um prejuízo de conteúdo econômico e devolução dos pagamentos ocorridos pelo fornecimento dos bens ou do serviço.

Há situações em que o desvirtuamento do processo licitatório, com claro direcionamento a determinada empresa, com fornecimento regular do material ou do serviço, deu-se com “preço de mercado”, acrescido da “margem de lucro”, e conseqüente aumento patrimonial do particular beneficiado em virtude da ilegalidade ou improbidade. Nessa hipótese, diante do enriquecimento ilícito do terceiro, há prejuízos para os cofres da Administração Pública. Esta se vê obrigada a pagar o preço acrescido da margem de lucro contratado com a empresa.

Nesse caso, haverá devolução parcial de pagamento referente ao lucro ilegalmente auferido pela empresa sem se configurar enriquecimento indevido da Administração Pública. Ressalte-se que o ressarcimento dos danos abrange também os prejuízos de ordem não-patrimonial. Portanto, abrange os “danos morais” causados ao Poder Público em virtude da lesão ao erário pela violação das regras que devem guiar a administração pública, quando da transgressão dos princípios constitucionais e da lei.

As duas espécies de fraudes mais comuns, em prejuízo do patrimônio público, previstas como crime no art. 96 da Lei nº 8.666/93¹⁴ são: o superfaturamento (a Administração Pública paga pela obra ou serviço mais do que realmente deveria) e a contratação de serviços-fantasma. São serviços

¹³ RESP 802378/SP; RESP 575551/SP e ERESP 260821/SP.

¹⁴ 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,

inexistentes, também chamados de serviços de papel. Pode-se citar como exemplo a situação do agente político que contrata uma empresa para a realização de serviço público que, no entanto, é executado pelos próprios servidores do órgão ou entidade. Paga-se por um serviço que a contratante não realiza.

Exemplo flagrante de conduta prevista como crime no art. 89 ocorre quando o administrador público se prevalece de situação calamitosa provocada pelas secas para justificar a dispensa de licitação. E assim, efetua contratações antieconômicas, superfaturadas ou fraudulentas, com pagamento em excesso ou, simplesmente, realiza o pagamento sem a entrega dos bens ou prestação dos serviços contratados.

A anulação de processo licitatório viciado induz à presunção da existência de ilícito penal e configura o crime definido no art. 91 da Lei nº 8.666/93¹⁵, quando efetuada pelo Poder Judiciário. Em tal hipótese, a abertura da licitação ou celebração de contrato se originou com o patrocínio de interesse privado, perante a Administração Pública, por parte do servidor público definido no art. 84 da citada lei.

Deve ser realçado que não se pode contratar mediante licitação sem previsão orçamentária que destine dotação para esse fim. A conhecida prática dos aditivos, sob a falsa alegação de suprir deficiências da execução do contrato, tem ocasionado prejuízos incalculáveis ao erário. Essa prática caracteriza crime previsto no art. 92¹⁶. Sendo válida a licitação, o vencedor do certame tem o direito de não ser preterido na contratação. Em contrapartida, se o certame licitatório for inválido, nenhum dos competidores pode contratar com a Administração Pública. Nesse sentido, observa Waldo Fazzio Júnior¹⁷: “Impende consignar que é elevado o número de licitações viciadas por irregularidades editalícias”.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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: Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. 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.

¹⁷FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, p. 146.

Todo o processo de licitação é vinculado ao edital e se constitui na concretização dos princípios da publicidade e da impessoalidade, devendo ser cuidadosamente confeccionado. Situações de irregularidades constantemente identificadas pertinentes ao edital se referem à falta de publicação, à duplicidade e à negociação com venda a preços muito elevados.

5. Dispensa indevida de licitação

Prescindir indevidamente de licitação, em qualquer de suas modalidades, implica extrapolar os casos legais de dispensa, contratando diretamente obra ou serviço, quando a lei exige a competição em busca do melhor negócio. “Dispensar licitação consiste em determinar se faça a aquisição direta de bens, obras ou serviços, sem a realização do torneio, nos casos previstos no art. 24 da Lei”¹⁸. José dos Santos Carvalho Filho¹⁹ acrescenta: “Anotar-se que o administrador, mesmo nesses casos, poderá realizar licitação, se entender mais conveniente para a Administração. Não há obrigatoriedade de não licitar, mas faculdade de não fazê-lo.”

O art. 24 prevê várias situações passíveis de dispensa de licitação. As hipóteses mais comuns de sua aplicação ocorrem nos seguintes casos: sendo pequeno o valor da obra ou serviço (10% do limite para convite, art. 24, I e II); em situações excepcionais, como emergência e calamidade pública (art. 24, IV); na inexistência de licitantes interessados, a chamada licitação frustrada ou deserta (art. 24, V); na hipótese de preço excessivo proposto pelos competidores ou na contratação com outro ente público (art. 24, VIII).

Ressalte-se que a hipótese de dispensa de licitação, em virtude de pequeno valor da obra ou serviço, não pode ser utilizada quando o administrador, ilegalmente, fraciona o objeto na tentativa de excluí-lo da licitação ou incluí-lo em modalidade mais simples. Ressalva-se a situação em que existam recomendações técnicas para fracionar o objeto da licitação, com o propósito de ensejar maior competitividade (art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93).

¹⁸ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Op. cit.*, p. 898.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 222.

A situação de emergência justificadora da dispensa de licitação se caracteriza com a verificação de fato localizado e inesperado. Caracteriza-se também ante a impossibilidade de a licitação ser realizada sem ocasionar prejuízo ou sem comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens. Entretanto, é preciso observar que a obra ou serviço têm de ser realizados no prazo decadencial improrrogável de cento e oitenta dias consecutivos e sem interrupção. Conforme observa Waldo Fazzio Júnior²⁰, “essa modalidade de dispensa reclama que a situação de emergência ou de calamidade pública não decorra da imprevisão do administrador público nem de sua gestão desidiosa, mas de efetiva urgência, denunciada por situação de risco às pessoas e aos bens”.

Configura o delito capitulado no artigo 89 da Lei nº8.666/93²¹, se não restou caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares. Ressalte-se que incorrerá em conduta delituosa capitulada no art. 95 da Lei de Licitação²² o agente público que mandar inserir em edital de licitação cláusula destinada a desestimular competidores, logrando obter a deserção ou o fracasso, para, em seguida, efetuar contratação direta, independentemente de interessados.

6. Inexigibilidade licitatória

Quando a lei declara inexigível a licitação, significa que, salvo circunstâncias excepcionais, não se deve licitar. Inviável a competição, não há por que licitar, sob pena de se gastar para nada. Diferentemente ocorre na dispensa de licitação, quando esta “é materialmente possível, mas em regra inconveniente; na

²⁰ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, p. 150.

²¹ 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.

²² 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.

inexigibilidade, é inviável a própria competição”²³. Lembra Jessé Torres Pereira Júnior²⁴ que “inexigir licitação consiste em determinar a aquisição direta de bens, obras ou serviços sem a exigência do torneio, por sua inviabilidade, nos termos do art. 25 da Lei”. As hipóteses de inexigibilidade de licitação estão previstas no art. 25 da Lei nº 8.666/93²⁵. Observa-se sua incidência no caso de fornecedor exclusivo, na contratação de empresa ou profissional notoriamente especializado ou de profissional consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Hipótese comum de crime previsto no art. 89 praticado pelos agentes políticos acontece na contratação de serviços advocatícios sem observância dos requisitos estabelecidos no art. 25, II, da Lei. Para a contratação direta do profissional, o serviço deve estar revestido das exigências de profissional de notória especialização. Ocorre também havendo necessidade técnica de a Administração Pública contratar e ter o objeto natureza singular, ou seja, executado segundo característica própria do executor.

Entretanto, não pode haver contratação de escritório de advocacia ou advogado para exercer atividades jurídicas rotineiras da Administração Pública, sob pena de violação da regra do concurso público. Se assim agir, estará contratando profissional para exercício de atividades permanentes e perfeitamente previsíveis, hipótese de necessidade de criação de cargo público a ser provido via concurso.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 235.

²⁴ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Op. cit.*, p. 898.

²⁵ 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.

Para a contratação de serviços advocatícios sob o manto da inexigibilidade licitatória, deve-se comprovar a inviabilidade de competição, o notório destaque do contratado em face dos seus conhecimentos profundos na matéria objeto da avença feita com a Administração Pública e a singularidade do serviço técnico especializado. Ou seja, deve ser demonstrada a especificidade incomum do serviço ou a natureza distintiva com que ele se define em relação aos demais serviços corriqueiros. Ausente qualquer desses pressupostos, haverá configuração do crime previsto no artigo 89 da Lei nº 8.666/93, sem prejuízo das sanções por improbidade administrativa.

7. Considerações finais

Corriqueiramente, a mídia veicula matéria informando fraudes em processos de licitação. Com efeito, apesar do constante controle dos atos da Administração Pública pelos diversos entes legitimados, os casos de fraude voltam a se repetir, independentemente da corrente política que esteja à frente do Poder Público. Diversos são os mecanismos voltados ao controle e legitimados a fiscalizar, a exemplo da Controladoria-Geral da União, dos Tribunais de Contas, do Ministério Público e, especialmente, do próprio cidadão.

Ocorre que os instrumentos de corrupção estão se aprimorando, havendo necessidade de maior dinamismo e aperfeiçoamento no controle finalístico e superior. Deve-se ampliar o controle preventivo, com o objetivo de evitar irregularidade e atos de corrupção prevenindo, logo no início, o dano ao erário.

Observa-se também a necessidade de se promover um aprimoramento na Lei de Licitações, aperfeiçoando os mecanismos de controle e adequando-a à realidade social. É preciso executar ações garantidoras da legalidade dos atos administrativos, prevenindo condutas ímprobas e oferecendo uma resposta rápida e enérgica ao corrupto. Essas medidas têm o objetivo de reparar o dano e inibir a proliferação de fraudes no procedimento do certame. Além disso, é preciso estimular a participação popular na fiscalização da gestão do dinheiro público, de modo a coibir os abusos e desvios que possam ser cometidos.

Deve-se ampliar a utilização da tecnologia no processo licitatório. O emprego de recursos da tecnologia e da informação possibilita aumentar o número de concorrentes, a competitividade e o controle relativo aos gastos públicos. É o

que ocorre, por exemplo, com o pregão na forma eletrônica, conforme dispõe o §2º do art. 2º da Lei nº 10.520/2002.

Os Tribunais de Contas, ao detectar nas prestações de contas dos gestores públicos a existência de empresa “fantasma”, poderiam efetuar um cruzamento de dados com outras prefeituras, pois geralmente os fraudadores não se restringem a um único município. A partir dessa constatação, poderiam promover a fiscalização como forma de impedir a atuação desses fraudadores em outros municípios.

Pode-se utilizar a certificação digital nos processos licitatórios eletrônicos quando do envio da documentação, possibilitando aos licitantes conhecimento dos documentos de habilitação do vencedor. Há também a necessidade de qualificação dos membros da Comissão de Licitação, se possível, profissionalização, com o objetivo de evitar irregularidades e dar maior alcance ao sentido da Lei de Licitações.

Observe-se, por fim, que há vários projetos de lei que procuram introduzir melhorias ou substituir a legislação atual, com o objetivo de tornar o processo de contratação com a Administração Pública mais ágil e menos custoso, com menor burocracia e maior transparência, ampliando a participação dos competidores e, especialmente, da população na fiscalização do certame.

Referências bibliográficas

CARTILHA: *Olho vivo no dinheiro público*: um guia para o cidadão garantir os seus direitos. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e contratações da Administração Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROESLER, Átila da Rold. Aspectos criminais da Lei de Licitações. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 416, 27 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5635>>. Acesso em: 12 ago. 2007.

TREVISAN, Antoninho Marmo et al. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. 3 ed. [s.l]:Ateliê Editorial, 2004.