



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

LICITAÇÕES E CONTRATOS

DAIANNE NOGUEIRA RIBEIRO

FRAUDE EM LICITAÇÕES - CONTROLE POPULAR

Salvador-BA

2018

DAIANNE NOGUEIRA RIBEIRO

FRAUDE EM LICITAÇÕES – CONTROLE POPULAR

Monografia apresentada ao Faculdade Baiana de
Direito como pré-requisito para a obtenção do grau
de pós-graduada em Licitações e Contratos.

ORIENTADOR:

Salvador-BA
2018

DAIANNE NOGUEIRA RIBEIRO

FRAUDE EM LICITAÇÕES – CONTROLE POPULAR

Monografia apresentada a Pós-graduação de Licitações e Contratos da Faculdade Baiana de Direito, como requisito para obtenção do título de pós-graduada em Licitações e Contratos.

Aprovada em ____/____/____

Banca Examinadora

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

RESUMO

O presente trabalho busca analisar as condutas ilícitas cometidas durante os processos licitatórios, tipificados na Lei 8.666/93, e no Código Penal Brasileiro, apontando o possível uso arbitrário e abusos de poder por parte dos agentes públicos, expor conceitos, características e levantar informações sobre os crimes e penalidades decorrentes das possíveis fraudes em licitações, bem como analisar formas de controle por meio das esferas Administrativas – Executivo, Legislativo e Judiciário. O estudo foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica e documental, podendo ser classificado como uma revisão de literatura, utilizando doutrinas, artigos e posições do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Constatou-se que o desvio Ético de agentes públicos e licitantes durante o processo licitatório, ameaçam a Administração Pública e toda coletividade de forma direta, desse modo, sendo necessária a aplicação da Lei Penal de forma imediata. O aumento de casos de fraudes em licitações Públicas decorre essencialmente da fragilidade dos mecanismos de fiscalização do Estado, assim incentiva a participação na fiscalização, a população em geral, sobretudo através de mecanismos como a ação popular, improbidade administrativa o direito de petição e a ação civil pública.

Palavras-chave: Licitação, Procedimento licitatório, Crime, Fraude, Gestão fraudulenta, Ação Popular, Verbas públicas.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the illicit conduct committed during the bidding processes, typified in Law 8.666 / 93, and in the Brazilian Penal Code, pointing out the possible arbitrary use and abuses of power by public agents, exposing concepts, characteristics and information on the crimes and penalties arising from possible fraud in bidding, as well as analyzing forms of control through the Executive, Legislative and Judicial spheres. The study was carried out through bibliographical and documentary research, and can be classified as a literature review, using doctrines, articles and positions of the Federal Supreme Court and Superior Court of Justice. It was found that the Ethical diversion of public agents and bidders during the bidding process, threaten the Public Administration and all collectivity in a direct way, thus requiring the application of the Criminal Law immediately. The increase in cases of fraud in public bids is essentially due to the fragility of the State's control mechanisms, thus encouraging participation in the inspection, the population in general, especially through mechanisms such as popular action, administrative improbity, the right of petition and action civil society.

Keywords: Bidding, Bidding procedure, Crime, Fraud, Fraudulent management, Popular action, Public funds

Sumário

1 INTRODUÇÃO	8
2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	11
2.1 Codificação do Direito Administrativo	13
2.2 Interpretação de regras do Direito Administrativo	14
2.3 Evolução Histórica do Direito Administrativo	17
2.4 Organização da Administração Pública	18
2.5 Administração Pública Direta e Indireta	21
2.5.1 Desconcentração e descentralização administrativa	21
2.6 Serviços Públicos	22
2.7 Princípios	25
2.7.1 Princípio da continuidade	25
2.7.2 Princípio da autotutela	27
2.7.3 Princípio da supremacia do interesse público	27
3 ASPECTOS GERAIS DA LICITAÇÃO	27
3.1 Previsão Legal	29
3.2 Princípios básicos da licitação	30
3.3 Objeto da licitação	34
3.4 Obrigação em licitar	34
3.5 Dispensa e Inexigibilidade	35
3.6 Modalidades de licitação	37
3.6.1 Concorrência	38
3.6.2 Tomada de preço	39
3.6.3 Convite	40
3.6.4 Concurso	41
3.6.5 Leilão	41
3.6.6 Pregão	42
3.7 Procedimentos da licitação	43
3.7.1 Procedimento da concorrência	44
3.7.2 Homologação e adjudicação	45
3.7.3 Procedimento da tomada de preço	46
3.7.4 Procedimento do convite	46
3.7.5 Procedimento do concurso	47
3.7.6 Procedimento do leilão	47

3.7.7 Procedimento do pregão.....	48
4 LEI DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS	48
4.1 Origem histórica da corrupção	49
4.2 Indícios que indicam fraudes.....	50
4.3 Métodos de combate à corrupção.....	51
4.3.1 Negativa de publicidade na prestação de contas à sociedade.....	54
4.4 Direcionamento da licitação.....	55
4.5 Dos crimes e das penas previstos na Lei das Licitações e Contratos Administrativos	56
4.6 Formas de fiscalização e controle	66
4.6.1 Espécies de controle.....	67
4.6.2 Comissão parlamentar de inquérito como meio de combate as fraudes.....	67
4.6.3 Formas de Controle	69
4.6.4 Iniciativa popular na fiscalização contra fraudes	70
4.7 Improbidade administrativa decorrente de fraudes em processos licitatórios.....	72
4.7.1 A Tipologia de improbidade.....	73
4.7.2 Do enriquecimento ilícito.....	73
4.7.3 Da lesão ao erário.....	74
4.7.4 A violação aos princípios	77
4.7.5 Sanções previstas na LIA	78
4.8 Ação popular como meio de fiscalização de atos lesivos ao patrimônio público	79
4.8.1 Requisitos da Ação Popular	80
4.8.2 Ação popular e o princípio da moralidade administrativa.....	80
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	81
REFERÊNCIAS.....	84

1 INTRODUÇÃO

A licitação é comumente conceituada como um procedimento administrativo obrigatório realizado pelos entes públicos, que antecede à compra ou contratação de serviços de empresas privadas ou mesmo de pessoas físicas, a fim de proporcionar à Administração Pública a apreciação da proposta mais vantajosa e dar chance a todos de oferecerem seus produtos ou serviços ao Estado em igualdade de considerações.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabeleceu de forma expressa em seu artigo 37, inciso XXI, salvo casos específicos, as obras, serviços, compras e alienações deverão ser contratadas mediante processo de licitação pública, desta forma atribuindo ao processo licitatório uma espécie de *status* de princípio constitucional, sendo obrigatória a observância do procedimento licitatório quando exigido aos entes públicos, tanto da Administração Direta quanto da Administração Indireta.

Os Contratos Administrativos é um instrumento que na oportunidade são firmados acordos recíprocos entre à Administração Pública e o particular, podendo ser nesse caso tanto pessoa física ou jurídica, todavia, deverá se submeter as regras estabelecidas pela própria Administração e ao seu regime jurídico de Direito Público, tendo como finalidade a satisfação do interesse público.

Em nossa Carta Magna de 1988, está expresso que incumbe ao Poder Público, conforme o que dispuser a lei, a devida prestação de serviços públicos, visto que a lei disporá sobre o regime de delegação, os direitos dos usuários, a política tarifária, a obrigação de manter serviços adequados e as reclamações relativas à prestação. No entanto, a Constituição ainda faz referência ao conceito de serviço relevante, como saúde, educação dentre outros considerados como serviços básicos e eficazes para os usuários.

O presente trabalho tem como objetivo identificar e apresentar alguns tipos de fraudes em Licitações Públicas. Este trabalho divide-se em três Capítulos.

No primeiro capítulo serão abordadas as noções básicas da Administração Pública e de Serviços Públicos, no segundo o conceito, os objetivos, e as modalidades de licitações e suas respectivas fases, e no terceiro Capítulo, será discutido sobre os crimes nas licitações, e os atos de Improbidade Administrativa decorrentes de alguns

crimes conforme previsto na Lei 8.429/92, através de um estudo detalhado dos respectivos artigos de lei que tratam deste tema. E nas considerações finais será apresentado um breve resumo de cada capítulo.

O procedimento licitatório foi introduzido no direito público brasileiro há mais de cento e quarenta anos, pelo Decreto nº 2.926, de 14/05/1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.

Após o advento do Decreto nº 4.536, de 28.01.1922, finalmente, a licitação tem um espaço reservado e consolidado, no âmbito federal, que organizou o Código de Contabilidade da União (arts. 49-53), é o que se vê abaixo transcrito:

Art. 49 – Ao emprenho da despesa deverá preceder contrato, mediante concorrência pública:

- a) Para fornecimentos, embora parcelados, custeados por crédito superiores a 5:00\$000;
- b) Para execução de quaisquer obras públicas de valor superior a 10:000\$000.

Art. 53 - Em todos os fornecimentos feitos às repartições públicas federais serão preferidos, em igualdade de condições, os proponentes nacionais.

Conforme exposto acima, daí em diante o tema começou a tomar impulso para que o legislador chagasse a criar uma Lei específica sobre Licitações e Contratos Administrativos, à atual Lei 8.666/1993 e suas respectivas alterações.

Desde o antigo Código de Contabilidade da União, de 1922, o procedimento licitatório evoluiu com o objetivo de conferir maior eficiência às contratações públicas, sendo por fim, sistematizado através do Decreto-Lei nº 200, de 25.02.67 (arts. 125 a 144), que estabeleceu a reforma administrativa federal, e foi estendido, com a edição da Lei nº 5.456, de 20.06.68, às Administrações dos Estados e Municípios.

O Decreto-lei nº 2.300, de 21.11.86, atualizado em 1987, pelos Decretos-lei 2.348 e 2.360, instituiu, pela primeira vez, o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, reunindo normas gerais e especiais relacionadas à matéria. SILVA (2010), a partir do advento da Constituição Federal de 1988, a licitação recebeu status de princípio constitucional, de observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nas décadas finais do milênio passado ocorreram profundas mudanças no setor público dos países desenvolvidos e em desenvolvimento. No Brasil também foram tomadas várias medidas como, as privatizações, criação de agências reguladoras, todas elas com o objetivo aprimorar a eficiência das organizações públicas.

Considerando o conceito de Direito Penal, e o fato de que muitos atos cometidos por agentes públicos e licitantes durante o processo licitatório ameaçam não só a Administração Pública, mas toda a coletividade de forma direta, especialmente quando põem em risco bens públicos fundamentais, conclui-se que há a necessidade da aplicação, de forma imediata, da Lei Penal em atos que muitas vezes seriam vistos apenas como capazes de levar à invalidação do certame ou a desclassificação do licitante que o cometeu.

O aumento de casos de fraudes em licitações públicas, apesar da complexidade da Lei 8.666/93, decorre essencialmente da fragilidade dos mecanismos de fiscalização do Estado, que nem sempre conseguem apurar os atos delituosos cometidos por pessoas físicas e/ou jurídicas e de seus agentes públicos.

Dessa forma este trabalho tem como objetivo, analisar as condutas ilícitas cometidas durante os processos licitatórios, tipificadas na Lei 8.666/93, e no Código Penal Brasileiro, apontando o possível uso arbitrário e abusos de poder por parte dos agentes públicos. Expor conceitos, características, e levantar informações sobre os crimes e penalidades decorrentes das possíveis fraudes em licitações, e ainda analisar formas de controle por meio das esferas Administrativas – Executivo Legislativo e Judiciário.

Tendo em vista que crimes em Licitações é um tema que leva a uma reflexão de como o patrimônio público está sendo cuidado, e de que maneira estão sendo aplicadas as normas que disciplinam a contratação por meio de licitações no âmbito da Administração Pública, este estudo busca corroborar com a discussão acerca da temática, verificar algumas irregularidades no sistema de licitação no tocante às fraudes que acontecem na administração trazendo medidas de caráter preventivo, associadas a penalidades como forma de solução para o problema.

Este estudo trata-se de pesquisa exploratória, que tem como finalidade discutir os contornos teóricos do instituto do dano moral coletivo, e explicitar alguns tipos de fraudes em licitações, podendo ser classificado como uma revisão de

literatura, tendo em vista que se destina a formular ou rever teorias, conceitos e referências teórico-doutrinárias.

Os artigos revisados serão retirados de sites de bases de dados, devendo ter sido publicados entre 2002 e 2013. Os artigos serão selecionados através da leitura dos seus respectivos resumos e conteúdos, sendo analisados para assim serem descartados ou aproveitados para a pesquisa. E ainda serão estudadas e debatidas as posições do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal com relação à efetiva aplicação da lei que cuida dos crimes contra as licitações.

Espera-se do presente trabalho uma compreensão por parte da população em geral, e um incentivo à participação na fiscalização da atuação dos gestores frente aos poderes públicos, sobretudo através de mecanismos como a ação popular, improbidade administrativa o direito de petição e a ação civil pública, que neste caso há mecanismos suficientes tanto de fiscalização populacional, quanto do Ministério Público e dos entes que fiscalizam as fraudes decorrentes de administradores públicos sem compromisso com o erário tais como Tribunal de Contas e Câmaras Legislativas.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Administração Pública, no ponto de vista dos administrativistas pode ser entendida em dois aspectos formal e material.

Para MEIRELLES (2012, p. 65), Administração Pública em sentido formal é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo. Já no sentido material se entende como o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado.

Segundo CARVALHO FILHO (2010, p. 12), a Administração Pública pode ser entendida sob dois aspectos, objetivo e subjetivo:

O sentido objetivo trata-se da própria gestão dos interesses públicos executada pelo Estado, seja através da prestação de serviços públicos, seja por sua organização interna, ou ainda pela intervenção no campo privado, algumas vezes até de forma restritiva (poder de polícia).

O sentido subjetivo a Administração Pública, sob o ângulo subjetivo, não deve ser confundida com qualquer dos Poderes estruturais do Estado, sobretudo o Poder Executivo, ao qual se atribui usualmente a função administrativa. Embora seja o Poder Executivo o administrador por excelência, nos Poderes Legislativo e Judiciário há numerosas tarefas que constituem atividade administrativa, como é o caso por exemplo, das que se referem à organização interna dos seus serviços e dos seus servidores.

Filiando-se com os doutrinadores acima citados, encontra-se o posicionamento da eminente professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012), onde afirma que a Administração Pública pode ser entendido sob duplo sentido, **subjetivo, formal** ou **orgânico e objetivo, material** ou **funcional**, que é utilizado corriqueiramente pelos doutrinadores administrativistas, como acima exposto.

Segundo DI PIETRO (2012), a) em sentido **subjetivo, formal** ou **orgânico**, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende **pessoas jurídicas**, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa; b) em sentido **objetivo, material** ou **funcional**, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria **função administrativa** que incumbe, **predominantemente**, ao Poder Executivo. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2012, p.50).

Como ensina Di Pietro há, ainda, outra distinção que a partir da ideia de que administrar compreende planejar e executar:

- a) Em sentido amplo, a Administração Pública, subjetivamente considerada, compreende tanto os órgãos governamentais, supremos, constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os órgãos administrativos, subordinados, dependentes (Administração Pública, em sentido estrito), aos quais incumbe executar os planos governamentais; ainda em sentido amplo, porém objetivamente considerada, a Administração Pública compreende a função política, que traça as diretrizes governamentais e a função administrativa, que as executa;
- b) Em sentido estrito, a Administração Pública compreende, sob o aspecto subjetivo, apenas os órgãos administrativos e, sob o aspecto objetivo, apenas a função administrativa, excluídos, no primeiro caso, os órgãos governamentais e, no segundo, a função política.

A expressão Administração Pública, na técnica pode ser definida tanto no sentido objetivo quanto no sentido subjetivo. Em seu sentido objetivo, pode-se entender como uma atividade que o Estado desenvolve que se volta para a consecução do bem de toda coletividade. Em seu sentido subjetivo, entende-se que

é um conjunto de órgãos e pessoas jurídicas que a lei expressamente atribui o efetivo exercício daquelas atividades.

A Administração Pública, ao longo dos tempos, não houve uma mutação de forma substancial, de acordo com as teorias administrativas. O que se vê é um foco dessas teorias que se voltam veementemente para a melhoria da administração empresarial. No entanto, não se pode dizer que a Administração Pública não sofreu influências perante a evolução teórica no âmbito da Ciência da Administração. Destarte, o seu pleno desenvolvimento, em direção a uma crescente eficiência da administração, é mais lenta que se fizéssemos uma comparação com Administração Gerencial.

Desta forma, há que se notar um grande labor da gestão pública no sentido de modernização da Administração Pública, desta forma, procura-se um molde para solucionar disfunções burocráticas e na oportunidade, contribuir para uma melhoria significativa e respectivamente numa melhor qualidade na prestação dos serviços prestados a toda sociedade.

Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. (MAIRELLES, Hely Lopes, 2012, p.65).

2.1 Codificação do Direito Administrativo

De acordo com MEIRELLES (2012), a não codificação do Direito Administrativo têm colocado os doutrinadores administrativistas em três posições: os que negam as suas desvantagens, os que admitem a codificação parcial e os que propugnam pela codificação total.

- a) Para os que negam as suas desvantagens para esta corrente acredita-se que engessaria o Direito Administrativo;
- b) Para os que admitem a codificação parcial esta corrente defende que somente determinados pontos do Direito Administrativo, evitando desta forma o engessado do Direito Administrativo;
- c) Para os que propugnam pela codificação total esta corrente defende que a codificação total do Direito Administrativo facilitaria o entendimento, a segurança jurídica aos administrados, sendo que leis esparsas dificultam seu entendimento e manejo.

A reunião dos textos administrativos num só corpo de lei não só é perfeitamente exequível, a exemplo do que ocorre com os demais campos do Direito, já codificados, como propiciará à Administração e aos administrados maior segurança e facilidade na observância e aplicação das normas administrativas. (MEIRELLES, Hely Lopes, 2012, p.48).

A atual formação dessa disciplina, que é constituída por leis esparsas, muitas vezes dificulta a obtenção do conhecimento pelos interessados, não permitindo uma visão panorâmica do Direito a que pertencem. Para MEIRELLES (2012, p. 48), só o código remove os inconvenientes da legislação fragmentária, pela aproximação e coordenação dos textos que se interligam para a formação do sistema jurídico adotado.

A prática atual deixou bem claro que o Código não traz a estagnação do Direito, como defendia Savigny e seus seguidores. (MARINELA, Fernanda, 2012, p.34). No ponto de vista da doutrina majoritária a codificação do Direito Administrativo traria de forma significativa vantagens para a Administração Pública e seus administrados.

2.2 Interpretação de regras do Direito Administrativo

Interpretar significa atingir o sentido de uma determinada norma. Assim, interpretar o Direito é buscar o sentido de suas normas, é desvendar o próprio sentido da norma jurídica. Na dinâmica da hermenêutica jurídica, a ciência na qual estuda a interpretação, é importante lembrar que o Direito Administrativo, por ser um ramo do Direito Público, não se adequa a todos os princípios de hermenêutica do direito privado. A diversidade de seu objeto, a natureza específica de suas normas, os fins sociais a que elas se dirigem, o interesse público que elas visam sempre a tutelar exigem regras próprias de interpretação e aplicação das leis, atos e contratos administrativos.

A interpretação do Direito Administrativo, além da utilização analógica das regras do direito privado e princípios gerais do direito que lhe forem aplicáveis, há de considerar, necessariamente, a de três pressupostos: a desigualdade jurídica entre a Administração Pública e os seus administrados, em razão da prevalência do interesse público sobre o privado, portanto, o bem comum prevalecer, mantendo-se um equilíbrio desses direitos; a presunção relativa a legitimidade dos atos da

Administração e a necessidade de poderes discricionários para a Administração atender a esses interesses, já que o administrador não é o mero aplicador da lei.

Segundo MELLO (2012, p. 53-7), a caracterização do Direito Administrativo e a base de seu regime jurídico se delineiam em função da consagração de dois grandes princípios, o qual ele denominou pedras de toque: O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e o princípio da indisponibilidade do interesse público.

a) Princípio da supremacia do interesse público, segundo este princípio ele determina certos privilégios jurídicos e um patamar de superioridade do interesse público sobre o particular. Em vista desse interesse público, a Administração terá posição privilegiada em face dos administrados, além de prerrogativas e obrigações que não são extensíveis aos particulares.

A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e denomina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do Estado. Esse interesse é público prevalente é extraído da ordem jurídica em cada caso concreto. (MEIRELLES, Hely Lopes, 2012, p. 108).

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, 2012, p.99).

Embora o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado seja de grande importância para nosso ordenamento jurídico pátrio ele não está escrito em nossa Magna Carta de 1988, contudo, encontra-se expresso em inúmeras regras constitucionais que a ele aludem ou impliquem manifestações concretas dessa superioridade do interesse público.

Esse princípio também pode ser identificado em quase todos os institutos do Direito Administrativo, iniciando com as prerrogativas do regime público de algumas pessoas jurídicas, como é o caso das autarquias que apresentam privilégios tributários e processuais, proteção especial quanto aos seus bens e o regime de precatórios para pagamento de seus débitos judiciais, além de outros.

Também se verifica a supremacia quando o estudo dos contratos administrativos e de suas peculiaridades cláusulas exorbitantes, que permitem à Administração modificar ou rescindir unilateralmente um contrato, bem como a possibilidade de fiscalização da sua execução, a aplicação de penalidades ao contrato e a ocupação provisória de seus bens (regra prevista no art. 58 da Lei nº 8.666/93). (MARINELA, Fernanda, 2012, p.28).

Pode-se observar que nos atos administrativos, é possível verificar essa supremacia em seus atributos, visto que eles gozam de presunção de legitimidade, de autoexecutoriedade e de imperatividade, neste caso, sendo, morais, legais e verdadeiros até que se prove o contrário.

Neste contexto, é importante ressaltar que a utilização deste princípio só será legítima quando aplicada como instrumento para o alcance do interesse da coletividade, haja vista que não será admitido a sua utilização para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão só do aparelho estatal e, menos ainda, dos seus governantes.

Princípio da indisponibilidade do interesse público, muito embora o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular favoreça a Administração com certo patamar de superioridade em face dos administrados, também lhe é exigida maiores cautelas e respeito a inúmeras formalidades, visto que essa atuação deverá ocorrer nos moldes e limites da lei.

Considerando que segundo a doutrina majoritária no Brasil, o Direito Administrativo tem como base os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, é indispensável conceituar a expressão interesse público.

Segundo MELLO (2012, p.76), “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesse que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.

Embora o princípio da supremacia favoreça de certa forma a Administração, com o viés de superioridade sobre os administrados, aparece o princípio da indisponibilidade do interesse público como mecanismo de proteção para os administrados.

Na Administração Pública, os bens e os interesses públicos não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Ao contrário, cumpre ao administrador o dever de protegê-los nos termos da finalidade legal a que estão adstritos. (CUNHA JR., Dirley da, 2012, p.39).

Visto que os bens, direitos e interesses públicos são confiados ao administrador para sua gestão, nunca para sua disposição, ou seja, o administrador apenas tem o dever de administrar e nunca de dispor da coisa pública.

2.3 Evolução Histórica do Direito Administrativo

O impulso decisivo para o nascimento do Direito Administrativo foi dada pela **Teoria dos Poderes**, desenvolvida por Montesquieu, em *L' Esprit des Lois*, em 1748. Posteriormente, na França, após a Revolução, em 1789, definiu-se a tripartição das funções do Estado em executiva, legislativa e judicial, o que veio a ensejar especialização das atividades do governo e dar independência aos órgãos incumbidos de realizá-las, surgindo necessidade de julgamento dos atos da Administração, o que inicialmente ficou a cargo dos parlamentos.

A primeira Constituição do Brasil, em 1824, o território foi dividido em províncias, cada uma constitucionalmente administrada por um presidente nomeado pelo Imperador (art. 2º). (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2002, p.08).

Haja vista que na mesma Constituição do Império ocorreu um marco importante para o surgimento do Direito Administrativo, quando aquela Constituição previu a harmonia entre os Poderes, visto que, aparecia um quarto Poder, além do Executivo, Legislativo e o Judiciário, existia o Poder Moderador. Na época que o Executivo se dividia em Poder Administrativo.

No Brasil, em 1851 por meio do Decreto nº 608, de 16.08.1851, foi criada a primeira cadeira de Direito Administrativo, ficando para 1857, em Recife, a edição da primeira obra doutrinária, intitulada Elementos de Direito Administrativo brasileiro, de Vicente Pereira do Rego.

Com o surgimento do período Republicano extingue-se o Poder Moderador e o Poder Administrativo, o qual tinha previsão na Constituição passada. No período republicano, a doutrina passou a sofrer grandes influências do direito público norte-americano, deste modo, adotando seu modelo de federação, e inúmeras obras foram publicadas, demonstrando uma grande evolução para a disciplina.

Não há que se negar que a partir da Constituição Federal de 1934, o Direito Administrativo teve uma grande evolução histórica, em decorrência da própria previsão constitucional onde estendeu as atividades do Estado nos âmbitos sociais e econômico. Essa mesma Constituição ainda constitui um Tribunal de Direito Administrativo na esfera federal. O que não aconteceu com a Constituição de 1981, onde tinha aparência nitidamente liberal e individualista. A Constituição de 1934 se

deu a partir do movimento revolucionário de 1930, assumindo um caráter socialista, assim marcado pela intervenção crescente na ordem social.

No período da vigência das Constituições de 1934, 1937 e 1946, foram promulgadas algumas leis em matéria de Administração Pública, que ainda hoje sobrevivem, como o Decreto-Lei nº 25, de 30-11-37 (que disciplina o tombamento), o Decreto-Lei nº 3.365, de 21-06-41 (sobre desapropriação por utilidade pública), e a Lei nº 4.717, de 29-06-65 (sobre ação popular). (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2002, p.17).

O direito administrativo brasileiro sofreu grande influência em sua gênese do direito francês, que na oportunidade foram incorporados ao direito brasileiro alguns de seus institutos que seria de suma importância para a formação do direito administrativo brasileiro, qual sejam: conceitos de serviços públicos, responsabilidade do Estado, teoria dos atos administrativos, teoria da culpa do serviço público, teoria da responsabilidade objetiva, todos estes dispositivos se consagram constitucionalmente na Constituição de 1946.

Diante de toda evolução do Direito Administrativo chegar-se-á Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual optou pelos princípios próprios do Estado Democrático de Direito, o qual deu mais ênfase ao Direito Administrativo. Portanto, hoje existem princípios próprios norteadores do Direito Administrativo.

A Constituição de 1988 estabelece os princípios que devem guiar a Administração Pública, explícitos em seu artigo 37: Princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O termo Administração Pública abrange as atividades de planejamento, direção, comando e ainda a de executar atividades.

No texto constitucional a Administração Pública possui sentido amplo, por isso é dirigida aos Três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. É exatamente o poder de atividade que o Estado desenvolve por meio de seus órgãos com vistas à execução dos interesses públicos.

2.4 Organização da Administração Pública

No tocante a organização administrativa brasileira, preliminarmente faz-se necessário fazer uma distinção entre Administração Pública (em sentido estrito) e Governo, partindo do ponto de vista que há uma diferença entre as três funções do Estado.

Conquanto o poder do Estado seja uno, indivisível e indelegável, ele poderá desdobrar-se sob três aspectos: o Legislativo, o Executivo e o Jurisdicional. O primeiro estabelece as regras gerais e de forma abstratas, denominando-se leis; os outros dois aspectos aplicam as leis ao caso concreto: sendo que a função jurisdicional se dá mediante solução dos conflitos de interesses dos particulares e desta forma aplicando as leis coativamente; a função executiva se desenvolve mediante atos concretos voltados para a realização dos fins estatais, de satisfação das necessidades coletivas.

Para MEIRELLES (2012, p.60-6), Direito Administrativo impõe as regras jurídicas de organização e funcionamento do complexo estatal; as técnicas de administração indicam os instrumentos e a conduta mais adequada ao pleno desempenho das atribuições da Administração.

Segundo MELLO (2012, p.143-156), afirma que o Estado pode desenvolver por si mesmo as atividades administrativas que tem constitucionalmente a seu encargo, como pode prestá-las através de outros sujeitos.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 18, como deve organizar-se a Administração.

Art. 18 – A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. [...]

Admitindo-se ainda a sua aplicação para referir-se ao conjunto de órgãos, entidades e pessoas instituídas para consecução dos objetivos do Estado, definidos pelo governo, definida como Administração Pública no critério formal ou subjetivo.

A Organização da Administração é a estruturação das pessoas, entidades e órgãos que irão desempenhar as funções administrativas; é definir o modelo do aparelho administrativo do Estado. Essa organização se dá normalmente por leis e, excepcionalmente por meio de Decretos e normas inferiores.

Na oportunidade, faz-se necessário discorrer sucintamente acerca do Decreto-Lei 200/67 e dos princípios fundamentais da Administração Pública Federal.

O Decreto-Lei 200/67 foi criado com o objetivo de diminuir a burocratização que existia antes da elaboração deste decreto. Com sua promulgação foi criada a descentralização dos Poderes e delegações de competências, de forma a privilegiar a administração pública com a criação das autarquias, empresas públicas, fundações públicas e as sociedades de economia mista, dentre outros benefícios, portanto, este Decreto-Lei foi um marco muito importante para a organização administrativa brasileira, e concomitantemente do Direito Administrativo, sendo hoje de suma importância para a Administração Pública.

Definindo a organização da Administração Pública Federal, estabeleceu, em seu artigo 6º e seguintes, os princípios básicos, ditos fundamentais, norteadores dessa estrutura e das atividades desenvolvidas por essa ordem política, o que hodiernamente é copiado pelos demais entes da Federação. Os princípios apontados são:

Princípio do Planejamento: induz a Administração o dever de elaborar planos e programas, visando promover o desenvolvimento econômico-social do país, assegurando aos cidadãos o direito à propriedade (artigo 7º);

Princípio da coordenação: visa harmonizar as ações administrativas, mantendo-se nos limites do planejamento, objetivando evitar duplicidade de atuação, soluções divergentes e desperdício de recursos financeiros (artigos 8º e 9º);

Princípio da descentralização administrativa: consiste em atribuir à pessoa distinta daquela do Estado poderes suficientes para que, atuando por sua conta e risco, mas sob ordenamento e controle estatal, desempenhe atividade pública ou de utilidade pública (artigo 10);

Princípio da delegação de competência: subentende a transmissão de poderes decisórios atribuídos originalmente à autoridade superior para a autoridade subordinada, caracterizando-se pelo caráter transitório e facultativo, processando-se segundo o ordenamento jurídico e mediante ato próprio (artigo 11 e 12);

Princípio do controle: exige o acompanhamento sistemático da execução dos planos e programas governamentais pelos órgãos e chefiais competentes, balizando-se pela observância do ordenamento legal de regência (artigos 13 e 14). Baseia-se especialmente na relação de hierarquia presente na Administração Pública.

2.5 Administração Pública Direta e Indireta

Administração Pública Direta pode-se identificar o Estado em lato senso, como uma pessoa administrativa, em outras palavras, esta pessoa jurídica possui a pura função administrativa do Estado. A organização do Estado, particularizada, tem uma conotação típica, respaldando-se na essência, no princípio mestre da hierarquia, que vincula em particular vários órgãos administrativos.

Na Administração Pública Indireta, diferentemente da Direta, podemos destacar as pessoas dotadas de personalidade jurídica própria e que deste modo atuam em relações jurídicas próprias, não se confundindo com o ente estatal que as criou. Tais entidades são autônomas, mais de certa forma são vinculadas as entidades estatais da Administração Direta, com o objetivo de supervisão e fiscalização perante a Administração Pública Direta.

2.5.1 Desconcentração e descentralização administrativa

Para uma melhor compreensão da dinâmica da Administração Direta e Indireta, além da presença dos particulares na prestação das funções administrativas do Estado, entendendo como essa atividade se distribui e quais os instrumentos possíveis para formalização, é preciso se verificar as diversas formas de prestação da atividade administrativa, lembrando especialmente os institutos de desconcentração e descentralização.

Quando uma atividade administrativa é exercida diretamente pelo próprio Estado, ou seja, pelo conjunto orgânico que lhe compõe a intimidade, pelos seus órgãos, denominam-se forma centralizada de prestação dos serviços ou prestação direta. Nessa hipótese, a prestação é feita pela própria Administração Direta que é composta pelos entes políticos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Dessa forma, na Administração Centralizada, o exercício da competência administrativa está unicamente no ente federativo, observando que esse ente político, apesar de estar sujeito à descentralização política, em razão da distribuição constitucional de competências, atua de forma centralizada na prestação da atividade administrativa.

Para que o ente federativo, a exemplo da União, possa exercer o seu grande leque de atribuições e responsabilidades, considerando que é titular e executor das atividades administrativas, é preciso uma organização e distribuição interna dessas competências (uma divisão interna de tarefas), o que então é denominada a desconcentração.

A desconcentração, que é o fenômeno de distribuição interna de partes de competências decisórias, agrupadas em unidades individualizadas, refere-se à organização interna de cada pessoa jurídica.

Entretanto, para resguardar o interesse público, buscando-se maior eficiência e especialização no exercício da função pública, o Estado poderá transferir a responsabilidade pelo exercício de atividades administrativas que lhe são pertinentes a pessoas jurídicas auxiliares por ele criadas com esse fim ou para particulares. Nesse caso, ele passa a atuar indiretamente, pois o faz por intermédio de outras pessoas, juridicamente distintas, o que se denomina descentralização administrativa. As pessoas jurídicas auxiliares criadas pelo Estado compõem a Administração Indireta, podendo ser: autarquia, fundação pública, empresa pública ou sociedade de economia mista.

Para completar, convém destacar as principais diferenças mencionadas entre as duas técnicas:

- a)** Desconcentração tem competências atribuídas a órgãos públicos sem personalidade própria; o conjunto de órgãos forma a chamada Administração Pública Direta ou Centralizada; órgãos não podem ser acionados diretamente perante o Judiciário, com exceção de algumas hipóteses onde estes possui Capacidade Processual. Exemplos: Ministérios, Secretarias, Delegacias de Polícia, Delegacias da Receita Federal, Tribunais e Casas Legislativas.
- b)** Descentralização as competências são atribuídas a entidades com personalidade jurídica autônoma; o conjunto de entidades forma a chamada Administração Pública Indireta ou Descentralizada; Entidades descentralizadas respondem judicialmente pelos prejuízos causados a particulares. Exemplos: Exemplos: Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista.

2.6 Serviços Públicos

É expressa no texto constitucional a obrigação do Poder Público de prestar serviços à comunidade que tutela: Art. 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da

lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Existem diversos conceitos doutrinários sobre o que seriam os serviços públicos:

O conceito de Serviço Público não é uniforme na doutrina que ora nos oferece uma noção orgânica, só considerando como tal o que é prestado por órgãos público: ora nos apresenta uma conceituação formal, tendente a identificá-lo por características extrínsecas; ora nos expõe um conceito material, visando a defini-lo por seu objeto. (MEIRELLES, Hely Lopes, 2012, 332).

Conforme nos ensina o eminente professor MEIRELLES (2012), serviços públicos propriamente ditos:

São os que a administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Exemplos desses serviços são os de defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública dentre vários outros. (MEIRELLES, Hely Lopes, 2012, p.39).

O Serviço Público é compreendido como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público. Para FIGUEIREDO (2010):

Serviço Público é toda atividade fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa, se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente do direito Público. (FIGUEIREDO, 2010, p.71).

No entanto, pode-se conceituar serviço público como toda atividade de oferta de utilidade e comodidade material, destinada a satisfação do bem comum, ou seja, da coletividade, mais que também poderá ocorrer de formar singular pelos administrados, e que o Estado entende como pertinente a seus deveres e presta-a por si mesmo, ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público, totalmente ou parcialmente.

Dentro do rol dos serviços públicos, existem aqueles que são de utilidade pública e por vezes é possível a sua delegação a terceiros, já que o Estado não pode executar todas as atividades essenciais ao funcionamento da vida em comunidade.

Os serviços de utilidade pública são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou permite que sejam prestados por terceiros, que podem ser: concessionários, permissionários ou autorizatários, obedecendo às condições regulamentadas e sob o controle da Administração Pública, mas por sua conta e risco, auferindo o lucro pela utilização dos usuários. Para facilitar a visualização destes serviços basta lembrar-se dos serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefonia, etc.

Os serviços delegados são também chamados de utilidade pública, quanto podem ser executados pelo Estado, quanto por particulares interessados, já que não são essenciais.

São aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde públicas, etc.) e para a execução dos quais a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão, só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares. Tais serviços, por sua essencialidade, geralmente são gratuitos ou de baixa remuneração, para que fiquem ao alcance de todos os membros da coletividade. (MEIRELLES, Hely Lopes, 2012, p.331).

Os serviços públicos seguem regras de direito público e, por tal razão, submetem-se ao regime jurídico-administrativo. A uma forte divergência doutrinária no tocante aos princípios que norteia os serviços públicos.

Preliminarmente, os serviços públicos submetem-se aos princípios elencados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, tais como: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além de outros como: supremacia do interesse público sobre o particular, isonomia, razoabilidade, proporcionalidade, finalidade, continuidade dos serviços públicos, dentre outros.

A doutrina majoritária também utiliza a lei nº 8.987/1995, dispositivo legal que trata sobre a delegação de serviços públicos. Em seu artigo 6º, §1º, o legislador conceitua de forma clara e inequívoca o que é serviço público adequado como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Um dos primeiros princípios apontados pela maioria dos doutrinadores é o princípio do dever inescusável do Estado de promover a prestação dos serviços públicos, seja diretamente ou indiretamente, ou seja, ou o próprio estado realiza os serviços públicos ou autoriza suas delegatárias para o desenvolvimento. Deste modo o estado não pode se recusar de forma nenhuma a promover a prestação e execução dos serviços rotulados como públicos, de modo que nada impeça que ele o faça por intermédio de seus representantes, utilizando-se de institutos de descentralização da atividade administrativa como, por exemplo, a concessão ou a permissão de serviços.

Na oportunidade, faz-se necessário discorrer sobre quatro princípios essenciais para o desenvolvimento dos serviços públicos: indisponibilidade do interesse público, princípio da autotutela, continuidade na prestação dos serviços e supremacia do interesse público sobre o privado.

2.7 Princípios

2.7.1 Princípio da continuidade

Para alguns doutrinadores também o denominam princípio da permanência. Segundo esse princípio, os serviços públicos não podem parar nem ser interrompido, por ser considerado o meio de o Estado utilizar de seu Poder para desempenhar as funções essenciais ou necessárias para à coletividade. Logo, os serviços públicos, além de observar todos os princípios anteriores, devem ser prestados de forma contínua.

Instrumentos que garantem a continuidade dos serviços públicos. A continuidade dos serviços públicos traz consequências importantes para os agentes públicos. Preliminarmente, é necessário considerar o direito de greve, previsto em dois dispositivos constitucionais: para os trabalhadores em geral, a garantia está no artigo 9º e para os servidores públicos, a previsão está prevista no artigo 37, VII, todos da Constituição Federal de 1988. Entretanto, esse direito de greve depende de regulamentação, o que, até então, só foi realizado para os trabalhadores em geral, por meio da Lei nº 7.783/89, que enumera e define as obrigações, quando esse direito é exercido na prestação de serviços considerados essenciais.

A corrente majoritária defende que esse direito está previsto em uma norma de eficácia limitada, só podendo ser exercido após o advento da lei regulamentadora. Segundo essa orientação, o servidor não poderia exercer o seu direito à greve, em razão da ausência dessa lei e, caso o faça, a sua conduta será contrária ao princípio da legalidade, tendo em vista que o agente público só pode fazer o que a lei autoriza e determina, devendo ser considerada ilegal, com a aplicação das consequentes penalidades cabíveis.

No dia 15 de junho de 2010 o governo brasileiro formalizou junto à direção da Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Suíça, a adesão do Brasil à Convenção de nº 151, norma internacional que traz diretrizes para organização sindical dos servidores públicos e a atuação deles no processo de negociação coletiva. Com a adesão, o governo brasileiro assume o compromisso de regulamentar em até um ano diversas garantias aos trabalhadores do setor público.

Dessa forma, enquanto aguarda-se a regulamentação de tal Convenção, hoje os servidores públicos podem exercer o seu direito, submetendo-se, no que couber à Lei nº 7.783/1989. Neste caso, a lei ora em comento, só poderá ser aplicada aos servidores públicos, visto que o Supremo Tribunal Federal, assim determinou, em julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade e determinou um prazo ao Poder Legislativo para criar uma lei específica para regulamentação do tema.

Instrumentos previstos em na legislação pátria, que visam proteger a continuidade dos serviços públicos, importante ressaltar que, excepcionalmente, a sua interrupção será possível nas hipóteses elencadas no artigo 6º, §3º, da Lei 8.987/1995, conforme transcrição abaixo:

Artigo 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§3º - Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I – Motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações;
e,

II – Por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Vale citar a título exemplificativo uma forma de interrupção do serviço público que ocorre com certa frequência.

Em todos os Estados têm-se as empresas prestadoras de serviços públicos de energia elétrica, no entanto, a usuário de tal serviço que não paga sua

conta de energia, daí gera a possibilidade de interrupção do serviço público, em cumprimento do artigo 6º, §3º, II, da lei supracitada e respeitando o que disciplina o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio este que será estudado em linhas posteriores.

2.7.2 Princípio da autotutela

Segundo a doutrina majoritária à Administração Pública está estritamente obrigada a fiscalizar e policiar, tanto o mérito quanto a legalidade de todos os atos Administrativos. Desta forma, as autoridades administrativas deverão concentrar todos os seus esforços para o devido policiamento dos seus próprios atos e dos bens públicos.

2.7.3 Princípio da supremacia do interesse público

O princípio da Supremacia do Interesse Público serve de base para todo o Direito Público, e desta forma vincula o Poder Público em todas as suas decisões, não restando dúvidas que o interesse público está muito além do interesse individual. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2012, p.65).

No entanto, a aplicabilidade desse Princípio, por certo, não a que se dizer que é um desrespeito ao Direito Privado, visto que a Administração Pública deve obedecer ao direito adquirido, a coisa julgada e por ultimo ao ato jurídico perfeito.

3 ASPECTOS GERAIS DA LICITAÇÃO

A princípio no Brasil, até meados de 1967, as licitações eram regidas pelo antigo Código de Contabilidade Pública da União e seu regulamento, todos de 1922.

Porém, podia-se notar que tais dispositivos legais não eram muito específicos, isto é, não havia uma parte específica para tratar de licitação.

No entanto, houve uma evolução na legislação que trata do tema de licitação, sofrendo desta forma fundamental evolução, desde sua concepção no Código de Contabilidade Pública da União, em 1922, até o Decreto 200 de 1967, Lei

5.456, de 1968, Lei 6.946 de 1981, e Decreto-lei, 2.300 de 1986, todos revogados e respectivamente substituídos pela atual Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, a atual Lei das Licitações.

De acordo com a doutrina majoritária, havia uma dificuldade significativa a qual se deparava o intérprete no que estabelecia o Decreto-lei nº 2.300/86, decorrência da falta de técnica legislativa, o que levou seus relatores a inserção de normas gerais e específicas, de âmbito nacional, e normais especiais, no âmbito federal, sem nenhum critério diferenciador que pudesse distinguir umas das outras.

A atual legislação que trata das licitações em âmbito geral e específico (Lei 8.666/93, posteriormente alterada pelas leis 8.883/94 e 9.648/98), pode-se considerar uma progressão significativa do legislador. Deste modo, a Lei das Licitações foi concretamente condicionada pelos Princípios gerais e normas da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, desta forma, acolhendo diversas opiniões da melhor doutrina e incorporando diversos entendimentos jurisprudenciais já firmados de modo consolidado.

O procedimento levado a efeito para encontrar a melhor proposta, denominado Licitação, embora não seja o mesmo para os grupos obrigados a licitar (pessoas públicas e pessoas governamentais), é regulado pelo Direito Administrativo. (GASPARINI, Diogenes, 2000, p.8).

Licitação é o procedimento administrativo formal que visa a selecionar o melhor contratante para a Administração, que lhe deverá prestar serviços, construir obras, ou fornecer-lhes bens. (FIGUEIREDO, 2010, p.402).

Segundo MEIRELLES (2012, p.272), licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato do seu interesse.

Licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, 2012, p.534).

No entanto, a Licitação nada mais é de que um procedimento administrativo que se dá em decorrência de vários atos administrativos que se desenrolam, de forma

pública, partindo-se desde definição do objeto, justificativa para que se destina o certame, especificação de dotação orçamentária, prévia na Lei Orçamentária Anual e no Plano Plurianual até a publicação do edital de concorrência a futura adjudicação de seu objeto final ao vencedor. Mas não podendo esquecer de que sempre terá que ser respeitado o princípio da igualdade entre todos os interessados.

3.1 Previsão Legal

O ordenamento jurídico pátrio estabelece que é competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratos administrativos, é o que se vê do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal de 1988, conforme abaixo transcrito:

Art. 22 - Compete privativamente a União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas, diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedade de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III.

A União, ao editar a Lei Federal nº 8.666 de 1993, que regulamenta o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, foi muito além, desconhecendo, como se verifica em seu artigo 1º, a atribuição dos demais entes federados para estatuir legislativamente, nessas áreas, as competentes normas particulares. Acabou, assim, por editar referida lei com pretensão de submeter todas as unidades da Federação ao mesmo regime licitatório. (GASPARINI, Diogenes, 2000, p.451).

Da mesma forma a Constituição Federal de 1988, também estabelece a obrigatoriedade em licitar perante a Administração Pública é o que se vê de seu artigo 37, XXI, abaixo transcrito:

Art. 37 – (omissis)...

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure a 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.

3.2 Princípios básicos da licitação

Destacamos que não há uma uniformização entre os doutrinadores na indicação dos princípios informativos da Licitação.

Tendo em vista que a licitação foi criada com fundamentos próprios, a licitação é norteadada por alguns princípios, alguns que decorrem diretamente de texto de lei, os quais definem os moldes básicos em que deve seguir o procedimento. Verifica-se, portanto, a necessidade de discorrer acerca de cada um dos princípios básicos da licitação.

São notadamente nos termos do art. 3º da Lei Federal 8.666/93; princípios da Licitação: 1º) legalidade; 2º) impessoalidade; 3º) moralidade; 4º) igualdade; 5º) publicidade; 6º) proibida administrativa; 7º) vinculação ao instrumento convocatório; 8º) julgamento objetivo; 9º) fiscalização da licitação pelos interessados ou por qualquer cidadão. (GASPARINI, Diogenes, 2000, p.429).

Segundo MEIRELLES (1990), os princípios que regem a licitação, qualquer que seja a sua modalidade, resumem-se nos seguintes preceitos:

O princípio da publicidade, que diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração Pública praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar a sua legalidade. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, 2002, p.88).

Pode-se dizer que a igualdade entre todos os licitantes é um princípio impeditivo da discriminação entre todos os participantes do processo licitatório, podendo ser tanto por meio de cláusulas que, no edital ou no convite favoreçam uns em detrimento de outros, podendo também ser por meio de um julgamento não objetivo, que estabeleça distinções não previstas na lei bem como no edital.

A igualdade é um dos pilares do nosso ordenamento jurídico. O princípio da igualdade das partes licitantes é definido pelo princípio basilar do direito que tem por finalidade afastar qualquer possibilidade de diferenciação entre os participantes na licitação. (FRIEDE, R., 1999, p.88).

Para tanto, o princípio da isonomia, exigindo tratamento igualitário entre os licitantes, conforme o que reza o §1º, do art. 3º, da Lei 8.666/93 e no art. 37, XXI, da CRFB, sendo vedado de forma expressa tratamento diferenciado entre eles.

Art. 3º - (omissis)...

§1º - É vedado aos agentes públicos:

I – Admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no artigo 3º da Lei nº 8.248 de 23 de outubro de 1991.

O princípio do sigilo estabelece que no momento em que são apresentadas as propostas corresponde a um impeditivo imposto a todo e qualquer licitante quanto ao conhecimento dos conteúdos constantes das propostas de qualquer um deles, ou seja, nenhum dos licitantes ou não licitantes, absolutamente ninguém, poderá ter conhecimento da proposta dos participantes, antes da data e hora marcada para o acontecimento a licitação e assim, da abertura dos respectivos envelopes, conforme estabelece o art. 3º, §3º da Lei 8.666/93:

Art. 3º - (omissis)...

[...]

§3º - a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

Conforme MEIRELLES (2012, p.54), a vinculação ao edital, é o princípio básico de toda Licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento de afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado.

Afirma-se que se trata de um princípio fundamental para todo e qualquer procedimento licitatório, cuja sua inobservância gerará a nulidade do procedimento licitatório. Além de sua menção no art. 3º da Lei 8.666/93, é um princípio que tem seu sentido explicitado no artigo 41, visto que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Para MEIRELLES (1990), o princípio do julgamento objetivo:

É o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. É princípio de toda Licitação que seu julgamento se apoie em fatores concretos pedidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido no edital ou convite. Visa a afastar a

discricionabilidade na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério pré-fixado pela Administração, com o quê se reduz e se delimita a margem da valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento. (MEIRELLES, Hely Lopes, 1990, p.275).

O julgamento objetivo das propostas é a fase em que a administração toma por base parâmetros que devem ser objetivos, tais como razoabilidade dos preços como a compatibilidade das propostas com as exigências previstas no edital.

No julgamento das propostas o órgão administrativo deve levar em conta os fatores referidos no instrumento convocatório (art. 45). Fatores são, pois, os elementos que a comissão julgadora pode considerar para a escolha. É razoável que seja assim, porque não raras vezes não é preço como fator isolado que deve prevalecer, mas sim o preço em conjunto com outros fatores. (CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2010, p.314).

Art. 45 – O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e órgãos de controle.

O princípio da moralidade e probidade administrativa espera-se que a licitação se desenvolva de forma honesta, observando os padrões éticos, de zelo e probidade que informam toda a atividade administrativa. Para Cunha Jr., (2012, p.489). Este princípio visa evitar os conluíus, como a participação de empresas fantasmas, criadas para burlar a justa concorrência entre os interessados.

A probidade administrativa é dever de todo administrador público, mas a lei a incluiu dentre os princípios específicos da licitação (art. 3º), naturalmente com a advertência às autoridades que a promovem ou a julgam. A probidade na Administração é mandamento constitucional (art. 37 §4º), que pode conduzir a “suspensão dos direitos políticos”, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (MEIRELLES, Hely Lopes, 2012, p.296).

Art. 37 da CF: (omissis)...

§4 – Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

O princípio da legalidade encontra-se expresso no artigo 4º da lei 8.666/93, o qual dispõe: Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão

acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Em rigor, podem alegar tal direito apenas “todos quantos participem da licitação”, mas todos quantos queiram dela participar e aos quais seja indevidamente negado acesso, por violação dos princípios e normas que devem presidi-la. (MELLO, Celso Antônio Bandeira, 2012, p.541).

Analisando-se o direito público subjetivo, observa-se que todo licitante que se sinta lesado pela inobservância da norma pode impugnar judicialmente ou administrativamente o procedimento licitatório. (impugnação ao edital, recursos administrativos, mandado de segurança e ação popular).

DI PIETRO vai, além disso, mais do que direito público subjetivo, a observância da legalidade foi erigida em interesse difuso, passível de ser protegido por iniciativa do próprio cidadão. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2012, p.379).

O princípio da impessoalidade é um princípio que está intimamente ligado com o princípio da isonomia e do julgamento objetivo.

Todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas em lei ou instrumento convocatório. (DI PIETRO, Maria Sylvia de Zanella, 2012, p.379).

O princípio da vinculação ao ato convocatório é um princípio de suma importância, tendo em vista que a inobservância enseja a nulidade do procedimento licitatório. Além de mencionado no artigo 3º da Lei 8.666/93, também tem seu tema tratado no artigo 41 em, segundo o qual “Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

A vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art. 41). (MEIRELLES, Hely Lopes, 2012, p.295).

Art. 41 – A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

3.3 Objeto da licitação

O objeto da licitação é a obra, o serviço, a compra a alienação, a concessão, a permissão e a locação que, afinal, será contratada com o particular.

A definição do objeto, ou seja, sua descrição com todos os dados necessários ao seu perfeito entendimento, tais como o anteprojeto e as respectivas especificações, no caso de obra, é condição de legitimidade da licitação, salvo quanto aos objetos padronizados por normas técnicas, para os quais basta sua indicação oficial, porque nela se compreendem todas as características definidoras. (MEIRELLES, Hely Lopes, 2012, p. 297).

Conforme CARVALHO FILHO (2010), o objeto da licitação apresenta-se sob duas facetas, objeto imediato e objeto mediato.

Objeto imediato é a seleção de determinada proposta que melhor atenda aos interesses da Administração. O objeto mediato consiste na obtenção de certa obra, serviço, compra, alienação, locação ou prestação de serviço público, a serem produzidos por um particular por intermédio de contratação formal. (CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2010, p.262-263).

Como já exposto, a finalidade precípua da licitação será sempre a obtenção de seu objeto nas melhores condições para a Administração, e, por tanto, o objeto deverá ser conveniente definido no edital ou no convite.

3.4 Obrigação em licitar

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 37, *caput*, inciso XXI, que define as pessoas que estão obrigadas à licitação pública tanto as pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade política quanto as entidades de suas Administração Indiretas.

Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações 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.

Quantos às entidades da administração indireta, ou seja, as sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados Distrito Federal e Municípios, deverão adaptar suas normas referentes a licitação ao disposto da Lei nº 8.666/93, conforme determina os artigos 118 e 119 da Lei nº 8.666/93, onde ainda, determina que os entes acima referidos deverão editar regulamentos próprios, devidamente publicados e aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados, ficando sujeitos às disposições da lei.

Art. 118 – Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da administração indireta deverão adaptar suas normas sobre licitações e contratos ao disposto nesta lei.

Art. 119 – As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

Parágrafo único - Os regulamentos a que se refere este artigo, no âmbito da Administração Pública, após aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, deverão ser publicados na imprensa oficial.

3.5 Dispensa e Inexigibilidade

Nota-se que o princípio da obrigatoriedade da licitação determina que todos os entes da federação, tanto dos da Administração direta quanto os da Administração indireta devem licitar antes de contratar obra ou serviço.

No mesmo ponto, a que se ressaltar que a lei criou mecanismos para que se possa contratar dispensando-se a licitação, tendo em vista que seu rito não se compatibilizaria com determinadas situações de emergência, pela sua demora.

O artigo 37 da Constituição Federal de 1988, ao determinar que para os contratos ali mencionados, ressalva “os casos especificados na legislação”, ou seja, desta forma, deixa em aberto a possibilidade de serem fixadas, por lei ordinária, hipóteses em que a licitação deixará de ser obrigatória.

A dispensa de licitação, não quer dizer que o administrador está obrigado a dispensar a licitação, ele pode realizar o procedimento licitatório, mas a lei faculta.

A dispensa de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela peculiaridade do caso, decidiu o legislador não torna-lo obrigatório. Diversamente ocorre com a inexigibilidade, porque aqui sequer é viável a realização do certame. (CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2010, p.270).

A grande diferença entre a dispensa e a inexigibilidade é que na primeira a administração pública pode licitar, porém esta atrelada a seu critério de conveniência e oportunidade, já na segunda não há que se falar em licitar, pois não há como haver competição entre concorrentes, haja vista que o objeto a ser contratado é singular (exclusivo) ou só há um ofertante.

A diferença básica entre dispensa e inexigibilidade, está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há oportunidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, 2012, p.388).

A lei diversificou os casos em que a Administração pode ou deve deixar de licitar, deste modo, tornando-a dispensada, dispensável e inexigível.

Os casos de dispensa (previstos nos §§ 2º e 4º do artigo 17 e nos III e ss. Do artigo 24), são taxativos, não podendo ser ampliados pelos administrados. A Lei nº 8.666/93 determina que todos devem proceder com todas as dispensas em geral, devendo ser comunicados, em três dias, à autoridade superior, de cuja ratificação, em igual prazo. Desta forma, enquanto não houver a ratificação ou homologação do ato pela autoridade competente o contrato não poderá ser celebrado, sob pena de responsabilização do servidor que o fizer.

Destarte, os casos de dispensa que foge a discricionariedade da administração, encontram-se vinculados a lei, devendo a Administração observar todos os casos previstos em lei.

Desta forma, em razão do pequeno valor de algumas obras e serviços de engenharia, é dispensável a licitação desde que o valor não ultrapasse 10% do limite previsto na alínea a, do inciso I, do artigo 23 da Lei 8.666/93, concomitantemente o artigo 24, com redação dada pela Lei nº 9.648/98; para outros serviços e compras de valor até 10% do limite previsto na alínea a, do inciso II, do artigo 23, e para alienações, nos casos previstos na Lei (artigo 17), desde que não se refiram a parcelas

de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez (inciso II, alterado pela Lei nº 9.648/98).

A inexigibilidade de licitação ocorre quando há impossibilidade jurídica de competição entre os contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração. (MEIRELLES, Hely Lopes, 2012, p.306).

Quanto à inexigibilidade, o artigo 25 indica três hipóteses em que há inviabilidade de competição, sem excluir outras.

Segundo DI PIETRO (2012), o dispositivo prevê:

A 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 (inciso I, art. 25). (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2012, p.400-401).

Os serviços técnicos profissionais especializados, tomando-se por vista o consenso doutrinário, tais serviços são os prestados por quem, além da habilitação profissional, exigida para os serviços técnicos profissionais, são pessoas que se aprofundou no campo das pesquisas, dedicando-se a pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento.

3.6 Modalidades de licitação

De acordo com a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 22, prevê 05 (cinco) modalidades de licitação, Concorrência, Tomada de Preço, Convite, Concurso e Leilão.

Do mesmo modo, o §8º do artigo 22, veda de forma expressa a criação de outras modalidades de licitação ou até mesmo a combinação delas, mesmo que desta forma seja mais proveitosa a Administração, é o que se vê do §8º abaixo transcrito:

Art. 22 – (omissis)...

§8º - é vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.

Entretanto, surgiu a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, lei esta que acabou criando uma nova modalidade de licitação, modalidades esta chamada de pregão.

Desta forma, temos atualmente as seguintes modalidades de licitação: concorrência, tomada de preço, convite, concurso, leilão e pregão. Nesta oportunidade estudaremos todas estas modalidades de licitação.

3.6.1 Concorrência

A concorrência é a modalidade de licitação entre qualquer interessado, visto que na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução do objeto.

Esta modalidade de licitação, devido ao sua grande abrangência, qualquer interessado poderá participar, no entanto, sua divulgação também deverá ser ampla.

Essa publicidade assegura uma publicação ampla, avisos contendo resumo do edital da concorrência, embora seja esta realizada no local da repartição pública interessada. Esses avisos deverão ser publicados com antecedência, no Diário Oficial da União, em se tratando de concorrência em nível de União, e pelo princípio da simetria aplicados aos demais entes públicos. Também conforme a magnitude da licitação, a Administração Pública poderá publicar o edital em um jornal de grande e notória circulação, para fins de maior abrangência da licitação.

Esses avisos deverão constar a indicação do local onde os interessados poderão ler, obter informações e adquirir o edital na integra, e as demais informações pertinentes a licitação. O prazo mínimo até o recebimento das propostas será de 30 (trinta) dias, salvo se o contrato a ser celebrado contemplar regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica e preço, que neste caso o prazo será de 45 (quarenta e cinco) dias. A contagem destes prazos se dá a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda com a efetiva disponibilidade do edital ou do convite e seus anexos.

Será, entretanto, obrigatória, independente da magnitude do negócio, nos seguintes casos, na conformidade do art. 23, §3º: a) na compra de bens

imóveis; b) na alienação de bens imóveis para as quais não se haja adotado a modalidade leilão – procedimento, este último, aliás, circunscrito a hipótese em que o valor do bem não exceda o limite da tomada de preços estabelecidos para compras; c) nas concessões de direito real de uso. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, 2012, p.569).

A concorrência é a modalidade obrigatória nos seguintes casos:

A - Para obras e serviços e engenharia de valor superior a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), conforme artigo 23, inciso I, alínea c, da Lei 8.666/93;

B - Para compras e outros serviços de valor superior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), conforme art. 23, inciso II, alínea c, da Lei 8.666/93;

C - Na compra ou alienação de bens imóveis, qualquer que seja o valor, ressalvado o disposto no art. 19 da Lei, que também admite leilão para alienação de bens imóveis adquiridos em processos judiciais ou mediante dação em pagamento;

D - Nas concessões de direito real de uso (art. 23, §3º da Lei);

E - Nas licitações internacionais, admitindo-se os respectivos limites, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores (art. 23, §3º da Lei);

F - Nas alienações de bens móveis quando o valor for superior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), (art. 17, §6º da Lei);

G - Para registro de preços, (art. 15, §3, I);

H - Para a concessão de serviços públicos (art. 2º, inciso II, da Lei 8.987/95);

I - Para os contratos de parceria público-privada (art. 10 da Lei 11.079/2004).

3.6.2 Tomada de preço

A tomada de preço está expressamente estabelecida no artigo 22, §2, esta modalidade de licitação está destinada a transações de vulto médio, entretanto, há uma distinção que deve ser citada neste texto, qual seja, é que diferentemente da concorrência, a tomada de preço poderá ser qualquer interessado, mas desde que cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até

o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada as necessárias qualificações.

Tal modalidade de licitação será adotada nas seguintes hipóteses: para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) art. 23, I, b; ou para compras e outros serviços de valor até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), art. 23, II, b. Entretanto, em razão do §8º do art. 23, incluído pela Lei nº 11.107/2005, no caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro desse valor quando formado por até 03 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número.

Dessa forma, a Administração nos casos em que couber convite, poderá utilizar a tomada de preço.

Nesta modalidade de licitação, o prazo mínimo entre a publicação do aviso e contendo o resumo do edital e o recebimento das propostas ou da realização do evento será de 15 dias, salvo quando a licitação for do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, quando o prazo será de 30 dias. (CUNHA JR., Dirley da, 2012, p.505).

Importante ressaltar que será vedada a modalidade “tomada de preço” para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou até mesmo para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjuntas e concomitantemente.

3.6.3 Convite

Convite é a modalidade de licitação, entre no mínimo 03 (três) interessados do ramo pertinente ao objeto, podem estar cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade Administrativa, e na oportunidade, poderão participar aqueles que mesmo não sendo convidados poderão participar desde que estejam cadastrados na correspondente especialidade e manifestem seu interesse com antecedência mínima de 24 horas da apresentação das propostas, conforme artigo 22, §3º da Lei 8.666/93.

Uma distinção importante das demais modalidades de licitação é que o convite será feito por escrito, que será feita em até 05 (cinco) dias úteis antecedentes

a licitação, desta forma, não será exigido publicação de edital em Diário Oficial e/ou jornal de grande circulação.

A habilitação dos licitantes nesta modalidade só será obrigatória para aqueles que se apresentarem sem terem sido convidados pela Administração, porque têm que estar cadastrados, para os demais, é facultativo, conforme (artigo 32, §1º).

Entretanto, o simples fato de não comparecerem o mínimo exigido para a abertura dos trabalhos, nesta modalidade de licitação, nem sempre irá ensejar na repetição do certame, visto que quando ficar comprovado o desinteresse por parte dos demais convidados ou cadastrado, hipótese em que poderá continuar a proceder com a licitação mesmo sem a presença de 03 (três) licitantes presentes no certame.

3.6.4 Concurso

O concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a escolha de um trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores art. 22, §4º da Lei nº 8.666/93.

Nesta modalidade a publicidade será assegurada aos interessados por meio de publicação de edital, é o que estabelece o artigo 22, §4 da mesma lei. Atendendo o prazo de pelo menos, 45 (quarenta e cinco) dias de antecedência, este prazo está previsto também 21, §2º, inciso I, a.

O artigo 52, §2º estabelece que em se tratando de projeto, o vencedor deverá autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente, devendo ser observada também a norma do artigo 111 da mesma Lei.

Art. 52 – (omissis)...

§2º - Em se tratando de projeto, o vencedor deverá autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente.

3.6.5 Leilão

O leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados.

Quando se tratar de semoventes, já que a lei foi omissa, não há regulamentação para o tema, o entendimento majoritário é que se deve escolher o leilão como modalidade de licitação.

Portanto, o leilão só será cabível quando o valor dos bens móveis não ultrapassar o valor de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), conforme dispõe o art. 17, §6º da Lei 8.666/93.

Art. 17 – (omissis)...

§6º - para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea b, desta Lei, a Administração poderá permitir o leilão.

3.6.6 Pregão

As modalidades de licitações que estão previstas na Lei nº 8.666/93, em alguns casos não dão conta de atender a alguns princípios, sendo assim não poderiam dar celeridade significativa à administração no tocante ao processo de escolha destinado a efetivar contratos com particulares.

Para atender com maior celeridade, eficiência e economicidade, foi editada a Lei nº 10.520/2002, com o objetivo de preencher a lacuna deixada pela Lei nº 8.666/93, a qual foi criada o pregão, assim surgindo uma nova modalidade de licitação, com disciplinas e procedimentos próprios. Há que se ressaltar que o novo dispositivo legal veio para complementar a Lei de licitações e contratos, desta forma não havendo objetivo de revogar a lei anterior.

Importante regra é que o pregão não é uma modalidade obrigatória de licitação a ser seguidos pelos órgãos públicos, mas sim fica a cargo do poder discricionário de cada ente. Portanto, justifica-se a criação desta nova modalidade de licitação visando à eficiência, economicidade e celeridade na contratação de serviços e aquisição de bens.

Essa modalidade de licitação é utilizada para aquisição de bens e serviços comuns, sendo que qualquer valor que seja estimado para a contratação, em que os licitantes que disputam pelo fornecimento é feito por meio de suas propostas e seus devidos lances em uma sessão pública, que ainda poderá ser realizado por via de comunicação eletrônica, é o que prevê o §1º do art. 2º da Lei 10.520/02.

Art. 2º - (vetado)

§1º - poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

São duas as modalidades de pregão: o pregão presencial (ou comum) e o pregão eletrônico. O primeiro se caracteriza pela presença, em ambiente físico, de agentes da Administração (como, v.g., o pregoeiro) e dos interessados em determinadas etapas do procedimento. O segundo é o que se processa, em ambiente virtual, por meio da tecnologia da informação (internet). (CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2010, p. 330-331).

Na modalidade virtual encontra-se uma maior dificuldade de haver fraudes, pois no mesmo ocorre uma descarga do pregoeiro, onde há menos documentos a serem analisados por uma só pessoa que no caso do presencial é o pregoeiro.

3.7 Procedimentos da licitação

O procedimento licitatório se inicia com uma sucessão de atos da administração e dos interessados.

O procedimento da concorrência é significativamente mais amplo e o mais complexo de todos, por envolver objeto de maior vulto. (CUNHA JR., Dirley da, 2012, p.507).

Já o procedimento da tomada de preço pode-se dizer que ele é menos complexo, haja vista que seu objeto será de médio vulto, e não restam dúvidas que o procedimento do convite é o mais simples entre as outras modalidades de licitação.

O procedimento da licitação ficará a cargo da comissão de licitação, seja ela permanente ou especial, que será composta de pelo menos 03 (três) membros, desde que sejam composta por no mínimo 2 (dois) servidores efetivos e de notório conhecimento do tema, que deverá analisar a documentação exigida para a habilitação preliminar, efetuar a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento e julgar e processar as propostas, conforme previsão legal do art. 51 da Lei 8.666/93.

Art. 51 – A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, três membros, sendo pelo menos dois deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

Apenas no convite, a Comissão poderá ser substituída por servidores que solenemente serão designados pela autoridade competente, desde que se trata de uma pequena unidade administrativa, para que dessa forma possa-se justificar a medida.

Já na modalidade do pregão, a sessão será presidida pelo pregoeiro, que deverá ser exercida por um servidor que tenha recebido as devidas qualificações técnicas, que é um servidor do órgão promoverá a licitação, escolhido e designado pela autoridade competente da Administração.

O mandato da Comissão será por até um ano, sendo vedada de forma expressa a recondução da totalidade dos membros da comissão para o período subsequente.

A Lei nº 8.666/93 inovou quando estabelece a responsabilidade dos membros da comissão, que responderão solidariamente pelos seus atos, salvo de houver posição individual divergente que deverá ser devidamente fundamentada e registrada em ata no certame.

Em se tratando de concurso, o julgamento deve ser feito por uma comissão especial formada por pessoas de reputação ilibada e público conhecimento sobre o tema, não há necessidade que esta comissão seja formada por servidores estáveis.

3.7.1 Procedimento da concorrência

A concorrência divide-se nas seguintes fases: Edital, habilitação, classificação, homologação e adjudicação. O edital é a lei da licitação e o instrumento pelo qual se consignam futuras cláusulas do contrato que o licitante pretende firmar com a Administração.

O edital é o ato com base no qual a Administração Pública deflagra o procedimento licitatório, divulgando a abertura da concorrência, fixando os requisitos para participação e definindo o objeto e as condições do contrato. (CUNHA JR., Dirley da, 2012, p.509).

A habilitação é a fase pela qual a comissão de licitação procede à abertura dos envelopes que contém a documentação exigida no edital e a análise minuciosa e

criterosa destes documentos. Não se pode esquecer que o ato de abertura dos envelopes deverá sempre ser realizada em uma sessão solene e pública, que na oportunidade será lavrada uma ata registrando todas as anotações pertinentes e, ao final será assinada por todos os licitantes.

Depois de abertos e feitos os devidos exames dos envelopes contendo a documentação, serão habilitadas aqueles licitantes que preencherem a documentação exigida em edital.

É necessário esclarecer que na licitação o interessado apresenta dois envelopes: um contendo os documentos exigidos pelo edital, que será aberto para efeito de habilitação e outro contendo as propostas dos licitantes, que será aberto, caso habilitado o licitante, para efeito de classificação. (CUNHA JR., Dirley da, 2012, p. 510).

A classificação é a fase que a comissão de licitação depois de aberta a documentação exigida pelo edital, os licitantes que forem classificados passarão a entregar o segundo envelope contendo as propostas, que serão julgadas conforme o tipo de licitação.

São tipos de licitação:

Menor preço – quando o critério utilizado é a proposta que seja mais vantajosa para Administração;

Melhor técnica – é o critério do preço que acabará prevalecendo sobre o da técnica. Visto que abertos os envelopes contendo as técnicas e devidamente classificadas pela ordem de preferência, serão abertos os envelopes contendo as propostas de preço que tenha atingido a valorização mínima exigida pelo edital;

Técnica e preço - serão classificadas as propostas técnicas de acordo com os critérios preestabelecidos no ato convocatório;

Maior lance ou oferta – nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

3.7.2 Homologação e adjudicação

De acordo com o art. 43, inciso VI, da Lei 8.666/93 estabelece que o ato final do procedimento, a deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

Com as devidas alterações, houve uma inversão no que tange os atos finais do procedimento. Antes os atos finais eram de competência da Comissão de licitação, hoje mudou, ficando a cargo de a autoridade superior efetuar a homologação e a adjudicação.

A homologação equivale à aprovação do procedimento; ela é precedida do exame dos atos que o integram pela autoridade competente (indicada nas leis cada unidade da federação), a qual, se verificar algum vício de ilegalidade, anulará o procedimento ou determinará seu saneamento, se cabível. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2012, p. 426).

A adjudicação é o ato pelo qual, a mesma autoridade superior que homologou a licitação atribui ao vencedor o objeto da licitação.

Questiona-se muito a respeito da ordem ou sequência das fases ou etapas do procedimento da concorrência e, de resto, das demais modalidades de licitação (com exceção do pregão, que teve invertida as fases de habilitação e classificação). Colhe-se o entendimento generalizado de que o procedimento licitatório será mais consentâneo com o princípio da eficiência se a fase de classificação precedesse a fase de habilitação. (CUNHA JR., Dirley da, 2012, p.512).

3.7.3 Procedimento da tomada de preço

Não há muito diferença entre o procedimento da tomada de preço e da concorrência. Tendo em vista que a diferença básica entre os dois procedimentos é o prazo de antecedência na publicação do edital, que será de 15 dias, conforme o art. 21, §2º, III da Lei 8.666/93 como também na fase de habilitação, onde esta é feita antes do procedimento da licitação, para aqueles que estão inscritos no registro cadastral e será feita também durante o procedimento para aqueles que apresentarem a documentação exigida para o cadastro. No tocante a todo restante do procedimento é o mesmo que o da concorrência.

3.7.4 Procedimento do convite

Já no convite o procedimento é simples, sendo que a convocação dos licitantes se dá por escrito, com até cinco dias úteis de antecedência, mediante carta-

convite que será dirigida no mínimo a três interessados, que ficará a cargo do poder discricionário da Administração a sua escolha.

Recebidos os envelopes com as propostas, seguem-se a classificação, adjudicação e homologação. Procedimento este que poderá ser realizado por servidor designado pela autoridade competente, não sendo obrigatória a comissão de licitação, conforme art. 51, §1º.

3.7.5 Procedimento do concurso

A Lei nº 8.666/93 não estabeleceu nenhum procedimento próprio para ser adotado pela modalidade de licitação concurso, visto que sua disciplina deve ser regulamentada por instrumento próprio, específico para cada concurso.

Apenas consta na lei que deverá ser publicado com 45 dias de antecedência e que o regulamento deverá indicar: a) a qualificação exigida dos participantes; b) as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho; c) as condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos.

3.7.6 Procedimento do leilão

A Lei 8.666/93 também não estabeleceu o procedimento específico para esta modalidade de licitação, remetendo a matéria à legislação pertinente, conforme art. 53 da lei.

Como já visto, esta modalidade de licitação será para alienação de bens móveis.

O leilão poderá ser presidido por um leiloeiro oficial ou por um servidor designado pela autoridade competente. Os bens serão pagos à vista ou no percentual estabelecido no edital, não inferior a 5%, após a assinatura da ata que será lavrada no local do leilão os bens serão entregues ao arrematante o qual se obriga a pagar o restante do valor, sob pena de perder em favor da Administração o valor já recolhido, art. 53, § 2º da lei.

3.7.7 Procedimento do pregão

No pregão existem duas fases uma interna e outra externa, na fase interna ou preparatória do pregão compreende a justificativa necessária para a contratação do serviço e a definição do objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, incluindo os prazos para fornecimento do serviço.

No curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor. (CUNHA JR., Dirley da, 2012, p.515).

A fase externa do pregão terá início com a convocação de todos os interessados e observará as seguintes regras: a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do ente federativo, ou podendo também onde não tenha diário oficial a publicação em jornal local de grande circulação. Neste aviso deve constar o objeto da licitação, a indicação do local, dias e horário onde poderão ser lidos o edital na íntegra e o prazo para a apresentação das propostas.

4 LEI DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS

Mesmo havendo uma lei específica que disciplina as licitações no Brasil, muitas vezes, os gestores em conluio com empresas inidôneas acabam fraudando os procedimentos licitatórios e, com isso, desviando recursos que em diversas vezes seriam para custear bens, serviços, obras dentre outros da educação, saúde, lazer etc. Desde então a sociedade clamava pela existência de um mecanismo que combatesse as fraudes no sistema licitatório, e que tutelasse especificamente os crimes decorrentes destas fraudes.

De acordo com o Tribunal de Contas da União, nas últimas duas décadas, as fraudes em licitações públicas tornaram-se cada vez mais frequentes e complexas, envolvendo o desvio de vultosas quantias de dinheiro, com sérios prejuízos para a sociedade brasileira. Calcula-se que, em média, que no Brasil são desviados em média cerca de 50 bilhões de reais por ano.

O processo licitatório pode dar margem a diversas condutas ilegais por parte de administradores e de licitantes. (CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2010, p.326).

Nos ensinamentos de Justin Filho, a interpretação das regras penais estabelecidas na Lei 8.666/93 tem de vincular-se não apenas à construção dos tipos legais e dos diversos elementos do crime. É imperioso examinar os dados que evidenciam a reprovabilidade da conduta e que são o único fundamento de que autoriza a punição. (JUSTIN FILHO, Marçal, 2002, p.579).

A doutrina entende que as interpretações que estão intrínsecas na Lei de Licitações e Contratos, não se deve apenas analisar o tipo penal em seu aspecto formal, mas fazer uma análise destes crimes e verificar se houve prejuízo ou reprovabilidade na conduta.

4.1 Origem histórica da corrupção

Há registros dos primeiros indícios de corrupção no Brasil por volta do século XVI no período da colonização portuguesa. Naquela época os meios de corrupções mais frequentes eram cometidas pelos funcionários públicos, os quais tinha a função de o contrabando e outras transgressões que iriam de encontro a coroa portuguesa. Ao invés dos funcionários cumprirem suas obrigações, acabava cometendo o comercio ilegal de produtos brasileiros, tais como pau-brasil, especiarias, ouro dentre outros.

Devido a proclamação da independência em 1822 e o surgimento do Brasil República, outras formas de corrupção surgiram, como a eleitoral e a de concessão de obras públicas. Visto que a concessão de obras estava ligada à obtenção de contratos junto ao governo para execução de obras públicas ou de concessões.

No Brasil há um histórico na corrupção implantada aqui, levando a sociedade a uma interpretação equivocada de como deve compreender as práticas

fraudulentas cometidas em nosso país, e deste modo é induzida a acreditar que o problema é cultural quando na verdade é efetivamente a falta de controle, de prestação de contas, de punição e de cumprimento das leis. É isso que tem levado a toda sociedade a reconduzir erros similares. No entanto, a tolerância as mínimas violações praticadas contra a Administração, desde ao simples pagamento de taxa de urgência a funcionários públicos agilizar o andamento de processos dentro dos órgãos públicos, até aquela pessoa que paga a um guarda de trânsito para não ser multado, entretanto não podem e não devem mais ser toleradas. Não é atoa que o Brasil é considerado pela Organização da Transparência Internacional, visto que o mesmo caiu mais cinco posições, portanto, ficando comprovado que a corrupção só cresce em nosso país.

4.2 Indícios que indicam fraudes

A identificação das fraudes nos procedimentos licitatórios exige que sejam observadas e dadas às devidas observações à forma em que se está realizando o procedimento, fazendo-se uma análise minuciosa do edital, de todos os documentos apresentados pelos concorrentes no certame, como também toda documentação relativa a todos os procedimentos já realizados.

Ocorrem muitas fraudes diariamente na maioria dos procedimentos licitatórios, como por exemplo, existência de documentos sem assinatura, documentos sem a devida autenticação, não observância de prazos estabelecidos pelo instrumento convocatório. Outra fraude detectável é a inexigibilidade de licitação como já explicado que a inexigibilidade é um recurso que só poderá ser usado quando impossível à realização da concorrência entre licitantes, no entanto, muitos gestores usam dessa brecha da lei para efetuar compras ilegais bem como direcionar contratos a terceiros.

Além disso, deve o edital ser claro e objetivo, não podendo possuir cláusulas que beneficiem produtos ou empresas. Saliente-se que a própria lei de licitação, exige a aprovação dos termos do edital pelo setor jurídico do órgão público licitante.

Após o término da fase interna, com a publicação do edital, inicia-se a fase externa, em que os interessados não convocados a apresentar a documentação devida e suas propostas.

Neste momento, deve-se buscar identificar as possíveis empresas inidôneas, mediante uma análise rigorosa da documentação apresentada, a fim de se evitar que participem do processo licitatório possíveis empresas de fachada e a possível existência de conluio entre as empresas licitantes, a fim de superfaturar preços e valores.

Os mecanismos podem ser utilizados pelos administradores para a fiscalização das licitações públicas, podemos citar a título de exemplo, fiscalizar a regularidade em sentido amplo de todos os procedimentos relativos a licitação; verificar a regularidade da empresa, tanto em seu aspecto físico e jurídico; fiscalizar se os termos e valores firmados com a Administração estão compatíveis com os valores de mercado; efetuar a devida fiscalização das obras ou serviços que estão sendo prestados e identificar todos os responsáveis envolvidos no procedimento.

4.3 Métodos de combate à corrupção

– **Punição a corruptos e corruptores:** Poucos acusados são presos e condenados a devolver o dinheiro roubado. A extinção da imunidade parlamentar e a diminuição do sigilo bancário excessivo são fundamentais para punir os corruptos, pois impedem penalização e a obtenção de provas contra os corruptos. O foro privilegiado para autoridade também possibilita a atuação criminosa. Um projeto de lei que aperta o cerco aos corruptores também está em tramitação na câmara dos deputados.

– **Transparência das contas públicas:** A Lei de acesso à informação que obriga órgãos públicos a prestar contas a qualquer cidadão no prazo de 20 dias, além de disponibilizar documentos fiscais na internet, é um passo importante na luta contra a corrupção. Esta medida pode diminuir a farra dos contratos superfaturados.

– **Controle social:** Especialistas indicam um pequeno e lento avanço nesta área. Para melhorar é necessário a organização civil e a cobrança individual dos

candidatos que a população elege. Neste fim de semana, entre os dias 18 e 20, haverá em Brasília uma conferência nacional sobre transparência e controle social.

– **Lentidão do judiciário e do legislativo:** Órgãos como o ministério público e a polícia federal agem com rapidez, mas na hora de julgar o judiciário age com morosidade, fazendo com que alguns crimes de corrupção prescrevam e os acusados saiam ilesos. No Congresso Nacional há 139 projetos de leis que se arrastam há anos.

– **Maior independência de órgãos fiscalizadores:** Apesar de revelar muitas irregularidades nas contas públicas, órgãos como o Tribunal de Contas da União e a Controladoria Geral da União são ligadas ao poder executivo, o que põe em cheque sua independência. A criação de uma agência autônoma e sem ligação com o governo seria ideal para a investigação de casos de corrupção.

Todavia, é muito importante a construção de um método para ser seguido no objetivo de orientar as entidades envolvidas;

A - O ente público que repassa o dinheiro público deve: efetuar uma análise detalhada de convênios, levantar todos os valores repassados, fazer um levantamento detalhado de como foram utilizados todos os valores repassados, suas datas de rapasse, e trabalhar em conjunto com os Tribunais de Contas para a verificação da prestação de contas dos gestores;

B - O órgão responsável pela execução da licitação: deve fazer uma análise dos procedimentos da licitação, a compatibilidade entre as datas e os locais em que foram recebidos os convites, ou onde foi disponível o edital, bem como o domicílio das empresas que foram convidadas, todas as que foram previstas para início e término do contrato, em caso de sub-rogação do contratado, confirmar se a empresa vencedora é a real executora do contrato, listar em pauta e efetuar um balanço em planilha de todos que participaram de licitações perante aquela entidade, efetuar fiscalização para detectar endereço de empresas, verificar áreas de atuação das empresas, fazer um levantamento dos sócios da empresa, apurar se há coincidências entre os sócios;

C - Perante a junta comercial do Estado: verificar a regularidade da empresa, listar as últimas alterações de endereço e sócios;

D - Local onde deve efetuar a obra: deve haver uma fiscalização sobre os andamentos das obras, os materiais que estão sendo usados e a compatibilidade da execução da obra com o projeto que foi previamente aprovado.

Tema importante a ser tratado é a falta de projeto do executivo e os sucessivos atos de incompetências eivados de má fé de muitos gestores, acabam por encarecer as obras e serviços, bem como a demora na prestação dos serviços, acarretando a não utilização ou utilização retardada pela sociedade de tais serviços. Atualmente, percebe-se que o Brasil está sofrendo muito com várias obras que inicialmente tinham um valor, um prazo para entrega e que depois viraram intermináveis meios de fraudes por meio de vários termos aditivos, por exemplo, como e pode observar na construção de vários estádios para a copa do mundo de 2014, muitos os quais sofreram acentuadas e sucessivas alterações no preço e nos prazos de entrega. Poder-se-ia citar, ainda, a título de ilustração, a vexatória situação do metrô da cidade de Salvador, cuja construção já está em construção há mais de 17 (dezesete) anos diante de vários contratos fraudulentos firmados com empreiteiras que até o presente momento nunca concluíram a obra, sem que tenha havido uma efetiva fiscalização pelos órgãos de controle e nenhuma mobilização da sociedade civil.

Segundo CASTRO (2010), discorrendo acerca das fraudes em licitações.

O produto da fraude é obtido discretamente, por meio de esquemas fraudulentos bem articulados com os fornecedores, o que torna a sua descoberta mais difícil pelos órgãos de controle, podendo até ser aplicado longe do domicílio do fraudador. Em geral, são utilizados “laranjas” (pessoas que, voluntária ou involuntariamente, emprestam suas identidades para encobrir os autores das fraudes). São adquiridos bens imóveis, geralmente na capital do estado, e móveis ou semoventes: dólar, ouro, papéis do mercado de capitais, gado, *commodities* etc. (CASTRO, Fabiano de, 2010, p.1-37).

A forma de controle a ser utilizada para o efetivo combate destas fraudes é a efetiva intervenção dos órgãos de controle como Tribunal de Contas, Ministério Público, Poder Legislativo e Controladorias. Além disso, a participação popular constitui o principal mecanismo de controle do uso do dinheiro público porque obriga a atuação dos órgãos responsáveis. A participação da população na fiscalização e combate as fraudes nos procedimentos licitatórios é muito importante, pois a população tem o conhecimento direto com a realidade local. É a participação diária, constante e vigilante da sociedade civil, mediante a cobrança de transparência, de

prestação de contas. Visto que a corrupção está associada diretamente à falta de transparência, o que afronta um estado democrático de direito. E ainda, a sociedade tem instrumentos de controle tais como Ação Popular, Direito de Petição dentre outros meios de fiscalizar o andamento e os aditivos para conclusão destas obras.

4.3.1 Negativa de publicidade na prestação de contas à sociedade

O ordenamento jurídico brasileiro passou a tratar do direito a informação recentemente, sobretudo a partir da Constituição da República de 1988, em face da redemocratização de nosso país. Na esteira desse processo, o tema passou a ser objeto de regulamentação própria através da Lei 12.527/11 denominada Lei de Acesso a Informação, que garante direito a todo e qualquer cidadão a obter conhecimento de assuntos de interesse público. Além disso, a Lei Complementar 101/2000 a qual veio para regulamentar os artigos 169 da CF/88, dispõe:

Art. 1º - (omissis)...

§1º - § 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

A apresentação das contas públicas a sociedade é direito da sociedade e é um dever do gestor, tendo em vista que ele não pode se negar a prestar informações de caráter público a sociedade é o que reza o artigo 48 da LC 101/2000.

Art. 48 – São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônico de acesso público: os planos, orçamentos, leis e diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o relatório resumido da execução orçamentária e o relatório de gestão fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Disciplinando também o tema o artigo 49 estabelece que as contas apresentadas ao Chefe do Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, nos respectivos órgãos de controles, tais como nas Casas Legislativas e nos Tribunais de Contas.

Uma inovação para minimizar este problema de resistência de prestar contas à sociedade, que tem como causa a falta de transparência, foi a edição da chamada “Lei da Transparência”. Trata-se da Lei Complementar nº 131, de 27 de maio 2009 (d) BRASIL, 2009), que passa a obrigar o Poder Público Municipal a publicar, em tempo real, as informações relativas à execução orçamentária e financeira do município. (CASTRO, Fabiano de, 2010, p.1-37).

Não há que se negar que a negativa a prestação de contas a sociedade dificulta a fiscalização e, com isso, torna muito difícil o controle da sociedade, bem como dos entes e órgãos de controle.

Por outro lado, no âmbito municipal a Lei de Acesso à Informação também se aplica aos municípios, conforme previsão do art. 1º desta Lei. A Lei Orgânica do Município, em obséquio ao princípio da publicidade, deve conter dispositivos que obriguem o administrador a publicar periodicamente os extratos de contratos, resultados de pagamentos e movimentação financeira, os quais devem ser fixados na sede da Prefeitura. A falta de tais procedimentos impede que os cidadãos que queiram fiscalizar a Administração fiquem de mãos atadas, pois desta forma não tem como fazer um acompanhamento e verificação da movimentação econômica e financeira da municipalidade.

Contudo, diante da inobservância de tais preceitos legais e constitucionais, existem meios de combates a estas condutas, tais como mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, além da atuação dos Tribunais de Contas, tendo em vista o disposto no art. 74, § 2º da CF/88. Que dispõe que - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

4.4 Direcionamento da licitação

A mais comum das formas de direcionamento de licitação é quando o administrador estabelece no instrumento convocatório condições que impedem ou dificultam a participação de empresas, restringindo ilegalmente e indevidamente o direito, haja vista que é de livre concorrência entre os licitantes, tornando assim impossível a participação de outras empresas. No entanto, as empresas que se acharem lesadas poderão reivindicar seus direitos, poderão antes do procedimento

licitatório entrar com o recurso administrativo de impugnação ao edital, caso não logre êxito poderá impetrar Mandado de Segurança na esfera judicial, bem como formalizar uma denúncia ao Ministério Público para que seja instaurado um inquérito administrativo e uma possível ação civil pública.

4.5 Dos crimes e das penas previstos na Lei das Licitações e Contratos

Administrativos

A Lei 8.666/93 que dispõe acerca das Licitações e Contratos trouxe um capítulo próprio para tratar dos crimes praticados nas licitações, com previsão legal em seus artigos 89-91 e 93-98, cujas penas variam, conforme cada crime, ficando entre seis meses de detenção a seis anos e multa, que nunca será inferior a 2% e nem superior a 5% do valor do contrato a ser licitado ou celebrado, enquadrando-se também as dispensas e inexigibilidade de licitação.

Os crimes são de ação penal pública incondicionada, cabendo ao Ministério Público promover-la, mas podendo qualquer pessoa provocar a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe os dados necessários para tanto. Será admitida ação penal subsidiária da pública, se esta não for ajuizada no prazo legal. No mais, aplicam-se, subsidiariamente, dos dispositivos do Código de Processo Penal (arts. 100 a 108). (MEIRELLES, Hely Lopes, 2012, p.371).

A Lei de Licitação e Contratos Administrativos trouxe na Seção III uma previsão legal para os crimes e as penas para quem pratica ou concorre para a consumação das fraudes em licitações.

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 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.

Importante ressaltar que o crime previsto no *caput* do artigo 89 da Lei 8.666/93 só poderá ser praticado por agente que integre a Administração Pública, por ser crime próprio.

O sujeito ativo exige a atuação do servidor público (na acepção ampla do art. 84), pois a decisão efetivar contratação direta incube ao agente da Administração Pública. Estarão sujeitos à sanção penal todos os servidores a quem incumbir o exame do cumprimento das formalidades necessárias à contratação direta. Assim será punível não apenas a autoridade responsável pela contratação, inclusive o assessor jurídico que emitiu parecer favorável à contratação direta. (JUSTIN FILHO, Marçal, 2010, p.902).

O Superior Tribunal de Justiça assevera que:

HABEAS CORPUS". PREFEITO DENUNCIADO POR TER DISPENSADO LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PARA DEFESA DO MUNICÍPIO. ARTIGOS 24 E 25 DA LEI 8.666/93 (LEI DE LICITAÇÕES). CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA PREFEITURA MUNICIPAL. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. PEDIDO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO COM BASE NO ARTIGO 89, DA LEI 9.099/95. APLICAÇÃO DO ARTIGO 89, DA LEI 8.666/93 (LEI DE LICITAÇÕES). ENTENDIMENTO QUANTO À REVOGAÇÃO DO INCISO XI, DO ARTIGO 1º, DO DECRETO-LEI 201/67 PELA LEI FEDERAL 8.666/93 (LEI DE LICITAÇÕES). NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DE "HABEAS CORPUS" DENEGADA PARA QUE SE RESTABELEÇA O ANDAMENTO DA AÇÃO PENAL.

Ordem em "habeas Corpus" denegada para que se restabeleça o andamento da ação penal.

(HC 121.708/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 27/09/2013).

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a simples inobservância à dispensa injustificada ou inexigibilidade do certame em que trata o art. 89 da Lei 8.666/93, apenas será punível quando ocorrer contratação indevida, deste modo se a contratação direta preencheu os pressupostos de contratação direta, mas o administrador deixou de atender a simples formalidade legal, a aplicação da lei penal seria irrelevante.

CRIMINAL. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. JULGAMENTO DAS CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS. REGULARIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. 1 - O entendimento pretoriano é no sentido de que a falta de observância das formalidades à dispensa ou à inexigibilidade do procedimento licitatório de que trata o art. 89 da Lei 8.666/93, apenas será punível "quando acarretar contratação indevida e retratar o intento reprovável do agente". "Se os pressupostos da contratação direta estavam presentes, mas o agente deixou de atender à formalidade legal, a conduta é penalmente irrelevante". 2 - O julgamento pelo Tribunal de Contas, atestando a regularidade do procedimento do administrador, em relação ao orçamento da entidade por ele dirigida, ou seja, a adequação à lei das contas prestadas, sob o exclusivo prisma do art. 89 da Lei 8.666, é, em princípio, excludente da justa causa para a ação penal, quando nada pela ausência do elemento mínimo da culpabilidade que viabiliza seja alguém submetido a um processo criminal, dada a falta de probabilidade ainda que

potencial de uma condenação. Somente a intenção dolosa tem relevância para efeito de punição. O dolo no caso é genérico, mas uma consciência jurídica mais apurada não pode e nem deve reconhecer, quando da dispensa da licitação, como no caso, movida pelo justificado açodamento na conclusão e inauguração das obras, motivação ilegítima que a acusação não aponta e cifrada em vantagem pecuniária ou funcional imprópria. 3 - Denúncia rejeitada.

(STJ - Apn: 323 CE 2002/0047794-9, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 05/10/2005, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJ 13/02/2006 p. 642)

O tipo objetivo abrange as expressões dispensa e inexigibilidade de licitação, igualmente, tendo que se fazer uma interpretação literal dos dispositivos legais, arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, abordando ainda os casos previstos no art. 17, I e II.

O elemento subjetivo consiste não apenas na intenção maliciosa de deixar de praticar a licitação cabível. Se a vontade consciente e livre de praticar a conduta descrita no tipo fosse suficiente para caracterizar o crime, então teria de admitir-se modalidade culposa. Ou seja, quando a conduta descrita no dispositivo fosse caracterizada em virtude de negligência, teria de haver a punição. Ocorre, assim, a conduta ilícita quando o agente possui a vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao erário. (JUSTIN FILHO, Marçal, 2010, p.904).

A lei ainda responsabiliza aquele que frustrar ou fraudar, mediante combinação, ajustes dentre outros meios fraudulentos, conforme determina o art. 90 da Lei.

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.

O sujeito ativo deste crime poderá ser qualquer particular que participe do procedimento licitatório, por se tratar de crime próprio, em que não se exige uma qualidade especial do sujeito ativo do tipo penal.

Marçal Justin Filho (2010), conceitua o tipo objetivo do crime:

O tipo subjetivo estabelece que a primeira modalidade (frustrar) aperfeiçoa-se através da conduta em que impede a disputa no procedimento licitatório. Pode verificar-se inclusive quando o servidor público introduz cláusulas no ato convocatório da licitação, destinadas a assegurar a vitória de um determinado licitante. Mas também envolve qualquer outra conduta praticada por algum sujeito privado (participante ou não da licitação) que disponha de

poderes jurídicos ou condições materiais para impedir a competição inerente à licitação. (JUSTIN FILHO, Marçal, 2010, p.908).

Importante ressaltar que, caso seja comprovada a fraude, e sucessivamente seja decretado inválido o certame, não excluirá a configuração do crime praticado pelo agente.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS . ART. 90 DA LEI N.º 8.666/93. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO. ANÁLISE SOBRE A MATERIALIDADE DOS DELITOS QUE NÃO PODE SER FEITA NA VIA ELEITA.

1. O trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentaram a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, circunstâncias não evidenciadas. 2. A anulação do certame licitatório, em razão do evidente ajuste prévio entre os licitantes, não afasta a tipicidade da conduta prevista no art. 90 da Lei n.º 8.666/93. 3. Narrando a denúncia a participação do Recorrente no ajuste que frustrou o caráter competitivo do procedimento licitatório, com todas as suas circunstâncias, de modo a possibilitar sua defesa, não é possível o trancamento da ação penal na via do habeas corpus, mormente quando a alegação de falta de justa causa demanda o reexame do material cognitivo constante nos autos.

Em se tratando do elemento subjetivo do crime previsto no art. 90 da Lei de Licitação, o dolo exigido é específico, tendo em vista que é condição *sine qua non*, a intenção de obter para se ou para outrem vantagem consistente na adjudicação.

Discorrendo sobre o tema assevera MEIRELLES (2012):

O ajuste ou combinação será, em regra com outro licitante ou com eventual interessado que poderia ter participado da licitação, lembrando que a lei atribui norma reserva, prevendo que o frustrar ou o fraudar a competitividade pode decorrer de qualquer outro expediente. É crime formal, plurissubsistente e unissubjetivo, anotando-se, ainda, a presença do elemento subjetivo do injusto (dolo específico, para os causalistas): com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente de adjudicação do objeto da licitação. (MEIRELLES, Hely Lopes, 2012, p. 188-189).

O art. 91 da Lei da Licitação estabelece que a legislação criminal pune o servidor público que não age em conformidade com o dever de lealdade, dignidade moralidade para com a Administração Pública, patrocinando perante à administração interesse privado que saiba reputar ilegal.

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.

O sujeito ativo do crime disciplinado pelo art. 91 da Lei de Licitação, será o servidor público, tratando-se de crime próprio, ou seja, só pode ser praticado por pessoa específica.

O tipo objetivo dirige-se contra o servidor público que, em vez de promover as finalidades buscadas pelo Estado, atua orientando à defesa dos interesses de particulares. Pune-se a incompatibilidade entre a conduta e o sujeito de deveres funcionais inerentes a sua posição. (JUSTIN FILHO, Marçal, 2010, p.909).

O elemento subjetivo neste caso exige-se dolo específico, pois está relacionado com a instrução da licitação ou formalização de contrato inválido. Segundo JUSTIN FILHO (2010, p.910) a referência à decretação de invalidade pelo Poder Judiciário tem de ser interpretada na acepção de que o sujeito conhecia o vício e pretendia realizar o contrato, não obstante tal ciência.

O art. 92 da Lei proíbe o administrador de admitir ou possibilitar alguma modificação ou vantagem em favor do contratado durante a execução do contrato sem prévia autorização legítima.

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 na ordem cronológica de sua exigibilidade, observando 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.

O sujeito ativo deste crime deverá ser servidor público, todavia o parágrafo único estende a punição ao particular que seja beneficiado pela prática da irregularidade, contanto que tenha concorrido para a prática do crime.

O tipo subjetivo do crime é determinado pela ação ou omissão que na qual produza a vantagem indevida para o contratado.

Admitir significa aceitar, de modo expresso ou implícito. Possibilitar indica permitir ou dar oportunidade. Dar causa abrange qualquer ação ou omissão que acarrete o resultado danoso. A expressão “adjudicatário” foi indevidamente utilizada, porquanto a configuração do crime pressupõe, na

maioria dos casos, existência de contrato administrativo. (JUSTIN FILHO, Marçal, 2010, p.910).

Importante ressaltar que o contratado apenas será punido caso aufera lucros do contrato ilegal, não sendo suficiente a intenção de obter lucros ilegais para caracterizar o crime praticado por ele e assim sucessivamente levando este a ser punido.

O elemento subjetivo do crime tipificado no art. 92 é que ele simplesmente se perfaz com a presença dos aspectos enumerados pelo eminente Marçal Justin Filho (2010), “descumprimento da norma administrativa” e atribuição de vantagem indevida ao licitante.

Desta forma posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas da União:

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CONSTRUÇÃO DO TRT DE SÃO PAULO. DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 315 e 319 DO CÓDIGO PENAL ATINGIDOS PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PERSECUÇÃO PENAL VOLTADA PARA O ART. 92 DA LEI 8.666/93. PRELIMINARES AFASTADAS. DENÚNCIA QUE NÃO LOGROU PROVAR O DOLO NO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO, NECESSÁRIO À CONFIGURAÇÃO DE CRIME LICITATÓRIO. CONDUTA VISANDO TÃO-SOMENTE A CONCLUSÃO DO EMPREENDIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. 1. Ação penal originária veiculando as condutas descritas nos arts. 315 e 319 do Código Penal c/c art. 92 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública. 2. Consumação da prescrição da pretensão punitiva quanto aos delitos previsto no Código Penal e persecução penal tão-somente voltada para o art. 92 da Lei 8.666/93. AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA. REQUISITOS LEGAIS. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. 1. Ausentes elementos mínimos de prova capazes de configurar a presença do tipo do art. 89 da Lei nº 8.666/93, que requer o dolo, não há como dar início à ação penal. 2. Denúncia rejeitada. (APn 281 - RR, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Corte Especial, DJ de 23 de maio de 2005) PROCESSO PENAL. LICITAÇÃO. DISPENSA. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. FALTA DE JUSTA CAUSA. 1. O (in RT. 619/267, sobre o escólio de CARRARA). CRIMINAL. AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. ADMISSIBILIDADE. POSSÍVEL FRAUDE À LICITAÇÃO. DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NECESSÁRIO À CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE PUBLICIDADE. MATERIALIDADE COMPROVADA. ASPECTOS DE FUNDO, LEVANTADOS NAS RESPOSTAS, QUE NÃO PODEM SER EXAMINADOS. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO VERIFICADA. CLASSIFICAÇÃO QUE NÃO TEM ESPECIAL RELEV. IMPROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO, NA FORMA DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, INOCORRENTE. EVENTUAL DÚVIDA QUE BENEFICIA A ACUSAÇÃO, NESTA FASE PROCESSUAL. TEMAS A SEREM ESCLARECIDOS QUE NÃO ENSEJAM A PRONTA DECLARAÇÃO DE IMPROCEDÊNCIA. “VISTO”. IMPROPRIEDADE DE UM JUÍZO PRÉVIO SOBRE SEU CONTEÚDO E VALIDADE. MOMENTO IMPRÓPRIO PARA O EXAME DA CULPABILIDADE OU EXCLUSÃO DE CRIMINALIDADE. SUFICIENTES INDÍCIOS DE AUTORIA EVIDENCIADOS. AÇÃO PENAL PROPOSTA DEVIDO AO FORO ESPECIAL DE MEMBRO DE

TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL E EX-GOVERNADOR. DENÚNCIA RECEBIDA" (APn 195-RO, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 15.09.2003). 12. Ação Penal julgada improcedente.
(STJ, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 01/08/2007, CE - CORTE ESPECIAL)

Tema importante trata o artigo 93 da Lei de Licitação, que é impedir ou perturbar de alguma forma o procedimento licitatório.

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

O sujeito ativo deste crime pode ser qualquer pessoa que concorra para a prática de alguns dos delitos tipificados no artigo acima citado, ainda pode ser praticado por servidor público.

Segundo Marçal Justin Filho (2010), o tipo objetivo deste crime é:

Impedir significa obstar. No caso, traduz-se conduta reprovável que não permite a realização de ato do procedimento licitatório. Não se realiza o tipo quando se obtém do Poder Judiciário, por exemplo, medida judicial proibindo a prática de ato. A perturbação corresponde à conduta que, embora não obstaculizando, dificulta ato da licitação. Fraudar a realização de ato indica, no caso, a utilização de artifício para evitar o cumprimento do requisito legal ou dos efeitos da licitação. (JUSTIN FILHO, Marçal, 2010, p.899-917).

O elemento subjetivo do tipo disciplinado pelo art. 93 é caracterizado pelo dolo genérico, ou seja, a vontade livre e consciente de dificultar a realização do procedimento licitatório é suficiente para caracterizar o crime.

Outro tema importante é tratado pelo art. 94 da Lei, pois resguarda e assegura o devido cumprimento do princípio do sigilo das propostas, penalizando aquele que desrespeita este artigo.

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

O sujeito ativo deste crime só poderá ser o servidor público.

O tipo objetivo é devassar o sigilo das propostas apresentadas pelos licitantes e que deverá ser analisada pela Administração Pública, desta forma só existe crime quando as propostas já estavam sob a tutela da administração, de modo que não

haverá crime caso seja devassado envelope que apenas contenha a proposta de habilitação.

A reprovação volta-se contra a violação do sigilo da proposta. O crime não abrange a substituição de uma proposta por outra, o que seria reprovado em outros termos. Apenas há crime quando o sigilo for quebrado fora das ocasiões adequadas e previstas no ato convocatório. (JUSTIN FILHO, Marçal, 2010, p.899-917).

Todavia, não há crime se em decorrência do ilícito a licitação for anulada ou revogada.

O elemento subjetivo deste crime é que o agente proporcione a oportunidade de romper o sigilo das propostas, a configuração depende da existência da ação ou omissão do servidor público, que desta forma permita ao terceiro que quebre o sigilo daquela proposta, oportunidade em que o dolo é genérico.

O art. 95 da Lei em que estamos diante de dois crimes, tanto do crime de corrupção previstos nos arts. 317 e 333 ambos do Código Penal, e ainda os definidos propriamente ditos do artigo 95.

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.

O sujeito ativo do crime supra, pode ser qualquer pessoa, inclusive o servidor público. O tipo objetivo afasta licitante indica a eliminação da participação no procedimento licitatório.

Os conceitos de violência, grave ameaça ou fraude são conhecidos do Direito Penal. Por igual, aplica-se a regra do concurso material com o crime de violência. A vantagem ofertada deve ser material e caracteriza o crime desde que seja oferecida como meio de demover terceiro da participação na licitação. (JUSTIN FILHO, Marçal, 2010, p.889-910).

O elemento subjetivo é o dolo genérico.

Art. 96 da Lei 8.666/93 estabelece que 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 de 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.

O sujeito ativo do crime poderá ser qualquer pessoa que participe do procedimento licitatório ou de contratação direta.

O tipo objetivo Da fraude está ligada à finalidade da licitação, ou seja, fazer a devida seleção das propostas, escolhendo aquela que mais favoreça a Administração.

Conforme nos ensina Marçal Justin Filho (2010):

A expressão indica, de um lado, a frustração, desse intento; de outro, a utilização de meio ardiloso que conduz a Administração a um equívoco. Esse equívoco consiste em supor que a proposta selecionada é a melhor do mercado, quando, na realidade, não o seria. A elevação de preços não pode ser tipificada como crime. (JUSTIN FILHO, Marçal, 2010, p.889-917).

O elemento subjetivo do crime caracteriza-se apenas pela configuração do dolo genérico.

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

O sujeito ativo deste crime previsto no caput deste artigo é o servidor público, tratando-se de crime próprio. Já no crime do parágrafo único, o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa, portanto o crime é comum.

O tipo objetivo deste crime está na permissão de que empresas declaradas inidôneas participassem do certame. O ato formal que deve anteceder ao credenciamento é a habilitação, onde deve se observar a idoneidade das empresas que ali participam.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

FRAUDE EM LICITAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. ILÍCITOS PRATICADOS POR SÓCIO. RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. I - Comprovada pela administração, em regular processo administrativo, onde se possibilitou o

exercício da ampla defesa, a prática das condutas ilícitas constantes de lei estadual, de rigor a penalidade prevista, *in casu*, a declaração de inidoneidade para licitar. II - O fato de a empresa não ser denunciada juntamente com o seu sócio pelos crimes previstos nos artigos 90 e 95 da Lei 8.666/93 não proíbe a investigação administrativa desta, máxime, ao se verificar que a referida lei não prevê sanções penais para as pessoas jurídicas. III - Atuando o sócio de forma a fraudar licitações procurando obter vantagem ilícita para a sua empresa, tem-se viabilizada a responsabilização desta na via administrativa. IV - Recurso ordinário improvido. (STJ - RMS: 35221 BA 2011/0192125-5, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 12/06/2012, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/08/2012)

O artigo 98 da Lei prevê que:

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

O sujeito ativo do crime tipifica no artigo 98 da Lei, só poderá ser praticado por servidor, por tanto é um crime próprio.

Para Marçal Justin Filho (2010), o tipo objetivo deste crime significa, no caso, negar. Impedir indica a conduta que torna inviável. Dificultar consiste na colocação de empecilhos. A alteração consiste na modificação do conteúdo do registro. (JUSTIN FILHO, Marçal, 2010, p.889-917).

O elemento subjetivo do crime nesse caso é indispensável a intenção de prejudicar a Administração Pública ou oportunidade em que tenta retirar vantagens para si ou para outrem.

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 superior 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.

A multa que é gerada pela fraude no procedimento licitatório, o artigo deixa bem claro que a pena atribuída ao agente deverá ser economicamente calculada conforme os percentuais previstos no artigo 99, § 1º da Lei de Licitação.

4.6 Formas de fiscalização e controle

Não se pode negar que a identificação de fraudes mais frequentes é de competência dos órgãos de controle, mas também do gestor público, que deve promover medidas que possam combater e prevenir tanto a prática como a reincidência e apurar a responsabilidade dos servidores públicos e particulares envolvidos quem foram os responsáveis.

A função fiscalizatória é uma prerrogativa garantida constitucionalmente ao Poder Legislativo, no sentido de verificar a legalidade, moralidade, legitimidade e economicidade das despesas efetuadas pelos demais Poderes.

O Poder Legislativo no Brasil, em nível federal, seguindo o modelo norte-americano, em face da adoção do sistema bicameral, é dividido em Câmara dos Deputados, formada pelos representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional e o Senado da República, composto pelos representantes dos Estados-membros, eleitos pelo sistema majoritário. Ambas as Casas, conjunta ou separadamente, através de suas comissões, são responsáveis por fiscalizar a atuação do Poder Executivo e do Poder Judiciário.

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 2º - às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;

IV - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;

V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;

VI - apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

Observa-se o nítido caráter fiscalizatório nas atribuições acima descritas das comissões parlamentares permanentes ou temporárias, já que as mesmas tem a prerrogativa até mesmo convocar Ministro de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições.

Além disso, as petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas são encaminhadas a estas comissões que devem adotar as medidas jurídicas e legais cabíveis.

4.6.1 Espécies de controle

O controle legislativo divide-se em duas espécies: o controle político e o controle administrativo. Em face do objeto do nosso estudo, interessa-nos estudar o controle administrativo, o qual trata diretamente do controle sob os atos da Administração.

Importante frisar que apesar de o Legislativo fiscalizar os demais entes, ele tem obrigação de auto fiscalizar-se.

Como prevê a Constituição da República Federativa do Brasil em seus artigos 31, 70 e 71:

Art. 31 – A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

Art. 70 – A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada poder.

Parágrafo único – prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

Art. 71 – O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete.

Faz-se necessário ressaltar que fazendo uma interpretação sistemática desse artigo, com base no princípio da simetria, o que se aplica a União aplica-se também ao Distrito Federal, Estados e Municípios.

4.6.2 Comissão parlamentar de inquérito como meio de combate as fraudes

Atualmente existem diversos instrumentos de combate as fraudes, mas sem dúvida as CPIs são muito eficazes diante do controle administrativo, pois as Comissões Parlamentares de Inquérito - "CPIs" foram disciplinada em texto especial da Constituição Federal de 1988 que diante disso amplia a fiscalização conferida ao Poder Legislativo. No entanto, é necessária a observância de alguns requisitos mínimos para a instauração da CPI. Para que se possa instaurar uma Comissão Parlamentar de Inquérito, exige-se o requerimento de, no mínimo, um terço dos membros da Casa Legislativa; apurar um fato determinado; possuir um prazo certo para seu funcionamento; e que todas as suas conclusões sejam encaminhadas ao Ministério Público.

Hoje, as CPIs no Brasil são um instrumento de grande importância, pois conforme autorização expressa da CF/88, as Casas Legislativas poderão instaurar tais comissões com o objetivo de apurar fraudes que ocorram dentro da Administração Pública. A CPI possui mecanismos de investigação próprios do Poder Judiciário, visto que podem convocar pessoas para prestar depoimentos ou esclarecimentos, ouvir testemunhas, requisitar documentos e determinar diligências que sejam pertinentes ao caso.

As CPIs podem, ainda, adotar medidas investigatórias, como a quebra de sigilo fiscal, bancário e de registro de dados telefônicos.

Todavia, cumpre salientar que, embora as comissões parlamentares de inquérito, nos termos do texto constitucional, tenham poderes específicos das autoridades judiciárias, o Supremo Tribunal Federal tem estabelecido que mesmo as CPIs estão sujeitas à chamada reserva constitucional de jurisdição, ou seja, determinadas medidas, tais como, decretação da prisão preventiva, busca domiciliar, ordem de prisão, salvo em caso de flagrante delito, determinação de interceptação telefônica e a adoção de medidas cautelares, como sequestro e arresto, somente podem ser adotadas pelo Poder Judiciário, tendo em vista que, em face da separação dos Poderes, o STF entende que as CPIs tem poderes de caráter apenas investigatório, não podendo determinar medidas acautelatórias, sobretudo em face da proteção aos direitos e garantias individuais, que, em algumas hipóteses, somente podem ser afastadas pelo Estado juiz.

Tal importância das CPIs que, no ano de 2004, foi descoberto um esquema fraudulento no Brasil mais popularmente conhecido como "SANGUESSUGAS",

oportunidade em que gestores públicos e empresas inidôneas participaram de uma máfia na qual eram desviados milhões de reais que tinham por destino a compra de ambulâncias para atender às necessidades dos municípios brasileiros. Entretanto, o que ocorria era um direcionamentos nos procedimentos licitatórios para que empresas já escolhidas ganhassem o certame. Em meados de 2006 foi instaurada a Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou cerca de 90 parlamentares, sendo 87 eram Deputados Federais e 3 Senadores da República. O relatório conclusivo manifestou-se pela cassação de 72 parlamentares dos 90 investigados.

As CPIs são de suma importância como mecanismo de controle dos atos da Administração Pública em nosso ordenamento jurídico pátrio, pois o relatório das investigações deve ser encaminhado ao Ministério Público que poderá promover o ajuizamento de ações penais com vistas a apurar a responsabilidade penal, como bem como ajuizar ações civis públicas em defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. Além disso, também pode ocorrer a punição de caráter político aplicada pelas Casas Legislativas, dentre as quais se inclui a perda do mandato eletivo, se comprovada a quebra de decoro por algum parlamentar.

4.6.3 Formas de Controle

O sistema de controle é um conjunto de instrumentos que foram estabelecidos pelo ordenamento jurídico pátrio que têm por finalidade a fiscalização dos atos da Administração.

A Constituição estabelece duas formas básicas de controle, qual seja, o interno e externo. O controle interno é aquele que é exercido pelo próprio ente ou órgão, visto que os mesmos serão responsáveis pela fiscalização da atividade controlada, no âmbito de sua estrutura interna. Já o controle externo se da por ente ou órgão estranho àquele responsável pelos atos controlados.

O controle interno o controle, de cada Poder tem que possuir, em sua estrutura, órgãos especialmente destinados à verificação dos recursos do erário. São inspetorias, departamentos etc. O controle externo é exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, como enuncia o art. 71 da CF. O Tribunal de Contas é um órgão que integra a estrutura do Poder Legislativo e, por isso mesmo, sua atuação é de caráter auxiliar e especializado, porque colabora com o Legislativo e tem a atribuição

específica de exercer esse tipo de controle. (CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2010, p.1080-1090).

A principal forma de controle externo em nosso ordenamento jurídico é exercida pelos Tribunais de Contas, que são órgãos auxiliares do Poder Legislativo. O órgão auxiliar deve fiscalizar a organização administrativa de todos os Poderes da República, Executivo, Legislativo e Judiciário.

Os Tribunais de Contas tem como ofício principal a realização da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial de todos os entes da federação, tanto os da Administração Pública direta, quanto os da indireta.

A fiscalização que a Corte de Contas realiza é especificamente as auditorias e inspeções nos Poderes e órgãos Administrativos. Importante frisar que o Tribunal de Contas tem competência para fiscalizar os procedimentos licitatórios, caso em que poderá por meio de medida cautelar emitir parecer com objetivo de frustrar uma possível lesão ao erário.

Ainda referindo-se a competência dos Tribunais de Contas há no bojo de sua competência administrativa, há o dever e a responsabilidade de julgar as contas anuais dos gestores públicos e os demais que efetivamente sejam responsáveis pela Administração Pública. As sanções que os Tribunais de Contas impuserem aos agentes públicos, ao detectar ilegalidades na gestão pública, terão eficácia de título executivo, conforme estabelecido na Carta Magna de 88.

Salienta-se que o Supremo Tribunal Federal em diversos julgamentos já decidiu que o Tribunal de Contas, no exercício de suas funções, poderá apreciar a inconstitucionalidade de leis e dos atos do Poder Público.

4.6.4 Iniciativa popular na fiscalização contra fraudes

A Carta Magna de 1988 estabeleceu inúmeros meios de participação popular de combate aos diversos tipos de fraudes. A primeira consubstancia-se na realização de eleições diretas, universais, secretas e periódicas, o que caracteriza o sistema democrático em que o poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Carta Republicana de 1988. A existência de um sistema democrático é o primeiro e básico pressuposto para o

exercício de qualquer poder fiscalizatório, já que não há que se falar em participação popular e fiscalização em sistemas ditatoriais ou estados totalitários. Decorrente desse sistema democrático, a própria CF/88 prevê mecanismos a fim de que o cidadão, a sociedade e determinadas instituições realizem a fiscalização da atuação administrativa e no uso da coisa pública. Todavia, o que historicamente temos observado, salvo alguns momentos históricos específicos, é a ausência de participação popular e falta do exercício da cidadania. Cumpre salientar que, embora exista previsão constitucional de vários instrumentos de fiscalização quais sejam: ação popular (art. 5º, LXXIII), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), ação civil pública (art. 129, I e III); o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); habeas data (art. 5º, LXXII), plebiscito (art. 10, I); referendo (art. 14, II) e a iniciativa popular (art. 5º, III). Observa-se que a sociedade queda-se inerte frente à existência de supostas fraudes na utilização do dinheiro público, em face, sobretudo de um sistema educacional precário, que não forma cidadãos, mas simplesmente pessoas a serem incorporadas ao mercado de trabalho. Não se desenvolve o senso crítico, a capacidade de discussão e o exercício do contraditório. Essa educação viciada perdura até os dias atuais, compondo um pano de fundo social que possibilita o surgimento e o desenvolvimento da corrupção.

Ressalte-se que, segundo dados da ONU, o grau de educação de um povo é inversamente proporcional à qualidade da educação, já que um povo instruído e participativo é um elemento fundamental no combate ao desvio dos recursos públicos.

Saliente-se, ainda, o importante papel dos conselhos municipais como instrumento de participação popular e combate à corrupção. Por outro lado, o que se vê na prática são conselhos municipais pouco valorizados pela sociedade, composto por indicações políticas realizadas pelo Poder Executivo, abdicando da sua importante função fiscalizatória.

Cumpre esclarecer que o cidadão tem um papel fundamental para o bom andamento dos serviços públicos, pois a Constituição Federal lhe garante o direito de reivindicar por meio de participação e possíveis reclamações relativas às prestações dos serviços públicos, que será disciplinado por lei específica, conforme previsão constitucional art. 37, §3º, I.

§3º - A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta ou indireta, regulando especialmente:

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços.

As garantias constitucionais conferidas a sociedade é muito importante, pois o cidadão deve efetivamente intervir na fiscalização dos atos públicos que sejam nocivos à Administração Pública.

4.7 Improbidade administrativa decorrente de fraudes em processos licitatórios

De início, faz-se necessário discorrer acerca das infrações de natureza cível tipificadas na Lei 8.429/92, que disciplina as hipóteses, sujeitos e sanções em face da prática de atos de improbidade administrativa. A Lei nº 8.429/92 teve como fundamento constitucional o art. 37, §4º, da CF/88, que define: os atos de improbidade administrativa importarão à suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) foi um marco histórico na conquista da sociedade na luta pela moralidade na administração pública. Desde que foi criada, em 1992, vem sendo utilizada como meio de limitar a ação dos administradores descompromissados com o erário, cuja definição das condutas são estabelecidas nos artigos. 9º, 10 e 11 da LIA.

A improbidade administrativa, como ato ilícito, vem sendo prevista no direito positivo brasileiro desde longa data, para os agentes políticos, enquadrando-se como crime de responsabilidade. Para os servidores públicos em geral, a legislação não falava em improbidade, mas já denotava a preocupação com o combate à corrupção, ao falar de enriquecimento ilícito no exercício do cargo ou função. Vale dizer que, nessa Constituição, quando se quis mencionar o princípio da moralidade. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2012, p.879).

Ação de improbidade administrativa é o mecanismo de fiscalização cuja sua eficácia está ligada à pretensão do reconhecimento perante o Poder Judiciário de condutas de improbidade na Administração Pública, que são praticadas pelos agentes públicos e terceiros que participem ou concorram para a prática daquela infração.

Importante esclarecer que improbidade administrativa não é considerada pelo legislador pátrio como crime, haja vista que as condutas desviantes e as sanções previstas na LIA não têm natureza penal, e sim natureza civil.

A Lei de improbidade administrativa distribui-se de modo sistematizado cuja estrutura se compõe de cinco pontos principais: 1) o sujeito passivo; 2) o sujeito ativo; 3) a tipologia da improbidade; 4) as sanções; 5) os procedimentos administrativo e judicial. (CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2010, p.1160-1172).

O sujeito passivo é a pessoa jurídica de direito público que sofreu o ato de improbidade, ou as entidades que são financiadas com dinheiro público.

O sujeito ativo é aquele que pratica o ato de improbidade, ou aquele que concorre ou ainda obtém vantagens indevidas, podendo ser tanto os agentes públicos em sentido lato, como empresas privadas e particulares.

4.7.1 A Tipologia de improbidade

A Lei de Improbidade Administrativa enumerou os atos de improbidade em 3 (três) categorias distintas, fazendo referência e determinando os valores jurídicos afetados por cada conduta. I - os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); II - atos de improbidade que causam prejuízo ao erário (art. 10); III – atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

4.7.2 Do enriquecimento ilícito

O enriquecimento ilícito é caracterizado por aquele em que se aproveitando da sua situação de estar investido na função pública aufere vantagens indevidas em razão do cargo, emprego ou função. Para a caracterização do ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito é indispensável que o agente obtenha vantagem econômica indevida, seja direta ou indiretamente, pois basta que sejam incorporados ao patrimônio do agente como bens, direitos, ou valores de modo indevido, ou seja, que o administrador ou terceiro não façam jus a esta vantagem, de

modo que afronta efetivamente os princípios constitucionais da legalidade e a moralidade administrativa.

Diante deste ato, caracteriza-se ato de improbidade administrativa decorrente do enriquecimento ilícito qualquer ação ou omissão o qual participe agente público investido na sua função que desta forma aufera vantagens financeiras indevidas, ou ainda concorrendo para prática deste ato o simples motivo de o agente obter patrimônio incompatível com sua renda. Saliente-se, contudo, que a caracterização do referido ato de improbidade exige a configuração do elemento subjetivo doloso, conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, o elemento subjetivo da conduta, muito embora o dispositivo legal tenha sido omissivo ao tratar do tema, restringe-se ao dolo, tendo em vista que a culpa não se coaduna com a conduta do tipo.

O sujeito ativo pode ser o agente público e o terceiro, haja vista que eles participem em conjunto e sejam movidos pelos mesmos objetivos de cometer ilicitude.

4.7.3 Da lesão ao erário

Deve-se entender dano ao erário como qualquer lesão ao patrimônio econômico ou financeiro do Estado. Entende-se como prejuízo ao erário qualquer tipo de perda patrimonial da Administração Pública, visto que a perda patrimonial é qualquer lesão que afete direta ou indiretamente o ente político. Importante diferença entre os atos de improbidade tipificados no art. 10 para os demais, visto que independe do elemento subjetivo para a consecução do crime, podendo ser praticado por meio de dolo ou culpa, haja vista que o enriquecimento ilícito e a violação aos princípios só poderão ser cometidos por meio de conduta dolosa.

Art. 10 – Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, notadamente.

O objeto da tutela do dispositivo legal é a preservação do patrimônio público, importante grifar que não é só a proteção do erário, mas sim de todos os mecanismos e bens pertencentes à Administração.

O elemento subjetivo deste crime pode ser dolo ou culpa, como aduz o *caput* do artigo 10.

O sujeito ativo são os mesmo já citados no tópico referente ao enriquecimento ilícito, a grande diferença é que, no caso em epígrafe o crime pode ser praticado apenas pelo agente quando p. ex., negligencie na arrecadação de tributos, conforme previsão no inciso X, do art. 10, também pode ser coautoria com um terceiro particular, quando o agente faz doação do bem público ao terceiro, é o que prevê o art. 10, III.

Aqui se admite a conduta comissiva ou omissiva, o que se torna diferente dos atos que importam enriquecimento ilícito.

O STJ entende que:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. RECEBIMENTO DE VALOR NÃO PREVISTO NO CONTRATO. ART. 3o. DA LEI 8.666/93. SÚMULA 284 DO STF. ART. 10, CAPUT DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO EM CAUSAR PREJUÍZO AO ERÁRIO. MERA IRREGULARIDADE FORMAL. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE INFORMÁTICA SEM LICITAÇÃO. FRACIONAMENTO INDEVIDO. ART. 23 E 24 DA LEI 8.666/93. INEXISTÊNCIA DA VIOLAÇÃO APONTADA. RECURSO ESPECIAL DE TARCÍSIO CARDOSO TONHA PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PROVIDO. RECURSO ESPECIAL DE JOÃO CARLOS SANTINI DESPROVIDO. (REsp 1416313/MT, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 12/12/2013).

A LIA inclui em rol exemplificativo art. 10, inciso VIII, a previsão de que será considerado ato de improbidade administrativa, frustrar a licitude do processo licitatório.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:
VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

Diante de tal hipótese, considerar-se-á prejuízo ao erário frustrar o procedimento licitatório tendo como exemplo dispensar indevidamente um procedimento que o gestor tenha o dever de licitar. Desta forma, a simples frustração do procedimento licitatório, que diante deste retire a oportunidade de concorrência para com demais licitantes acarretará efetivamente num prejuízo ao erário, portanto,

não será preciso ser comprovado um possível superfaturamento para que o agente seja enquadrado neste tipo de improbidade administrativa.

Nesse sentido, já se posicionou o STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. FRAUDE AOPROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DANO AO ERÁRIO. ART. 10 DA LEI 8.429/1992.REVISÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES. AUSÊNCIA DEDESPROPORCIONALIDADE. 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública ajuizada contra ex-prefeita e servidores públicos do Município de Santa Albertina, por suposta prática de improbidade administrativa decorrente de licitações irregulares para aquisição de alimentos e material de limpeza. 2. O Tribunal a quo julgou procedente o pedido, com base na comprovada ocorrência de fraude. Asseverou que o valor da compra impunha licitação pela modalidade de concorrência, contudo foram feitas várias aquisições diretas. 3. A situação delineada no acórdão recorrido enquadra-se no art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992, que inclui no rol exemplificativo dos atos de improbidade por dano ao Erário "frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente". 4. O desprezo ao regular procedimento licitatório, além de ilegal, acarreta dano, porque a ausência de concorrência obsta a escolha da proposta mais favorável dos possíveis licitantes habilitados a contratar. Desnecessário comprovar superfaturamento para que haja prejuízo, sendo certo que sua eventual constatação apenas torna mais grave a imoralidade e pode acarretar, em tese, enriquecimento ilícito. 5. O Tribunal de origem consignou que, na hipótese, a fraude perpetrada pelo recorrente e seus litisconsortes, que ora figuram como interessados, provocou evidente prejuízo ao município. Nesse contexto, a verificação da alegada inexistência de improbidade administrativa demanda reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é inviável em Recurso Especial, conforme inteligência da Súmula 7/STJ. 6. O argumento de que não houve conduta dolosa, além de contrariar as conclusões lançadas no acórdão recorrido, é irrelevante in casu. Isso porque a configuração de improbidade administrativa por dano ao Erário prescinde da verificação de dolo, sendo admitida a modalidade culposa no art. 10 da Lei 8.429/1992. Precedentes do STJ. 7. A revisão das sanções cominadas pela instância ordinária, em regra, é inviável, ante o óbice da já citada Súmula 7/STJ, salvo se verificada a inobservância aos limites estabelecidos no art. 12 da Lei 8.429/1992, ou se na leitura do acórdão recorrido transparecer falta de proporcionalidade e razoabilidade. 8. Na hipótese, as penas foram aplicadas no patamar mínimo estabelecido no art. 12, II, da Lei 8.429/1992, e, diante da afirmação contundente de que houve fraude mediante conduta dolosa da então prefeita, de seu marido e demais servidores réus, a aplicação cumulativa das penalidades não se mostra desproporcional. 9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(STJ, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 27/04/2010, T2 - SEGUNDA TURMA)

O entendimento consolidado do Colendo STJ é de que para a configuração da improbidade administrativa que gere prejuízo ao erário admite-se a modalidade culposa ou dolosa.

4.7.4 A violação aos princípios

O art. 11 da LIA é bem claro quando se refere à violação aos princípios constitucionais, pois a Administração Pública para um bom desempenho das suas funções deve pautar-se pelos princípios insculpidos na Constituição Federal de 1988, quando em seu art. 37 *caput*, estabelece os princípios que devem reger Administração Pública. Além disso, a lei 9784/99, que regula o processo administrativo federal consagra alguns outros princípios a serem observados pela administração pública.

Art. 2º a administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Com efeito, o gestor tem o dever de administrar pautando-se na legalidade e moralidade administrativa. Ocorre que, não poucas vezes os gestores não observam tais princípios, diante disto violam e acabam praticando atos considerados ímprobos, incompatíveis com a Administração Pública.

Art. 11 – Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

O dispositivo em estudo constitui objeto de proteção dos princípios administrativos, pressuposto exigível para o cometimento do ato de improbidade previsto no art. 11 é a contrariedade aos princípios da Administração, haja vista que são pressupostos dispensáveis o enriquecimento ilícito e dano ao erário.

O elemento subjetivo é exclusivamente dolo, visto que o dispositivo legal não faz referência à culpa, como seria necessário, não se enquadrar como ato de improbidade aquele que pratica o ato por negligência, imprudência ou imperícia.

O sujeito ativo via de regra só poderá ser o agente público, o terceiro só poderá ser enquadrado neste ato de improbidade como coautor.

Nesse sentido posiciona-se o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATOS DE IMPROBIDADE. PRÁTICA. NECESSIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. O Tribunal de origem, com base nos fatos e provas dos autos, preservou a sentença condenatória, porquanto comprovada a conduta prevista no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, o dolo e o dano ao erário, que são matérias de ordem

fática e insuscetíveis de reexame na via especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

2. Ausente o necessário prequestionamento, é inviável o exame de tema trazido no apelo raro e que não foi alvo de debate nas instâncias ordinárias, ainda que se trate de matéria de ordem pública. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 275.845/RN, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 03/12/2013).

A natureza desta infração pode ser comissiva ou omissiva, por exemplo, cite-se a revelação de informação confidencial que saiba em razão da sua competência administrativa, já a omissiva é a que o agente deixa de praticar indevidamente o ato que deveria praticar de ofício.

4.7.5 Sanções previstas na LIA

No tocante às sanções aplicadas às pessoas que se enquadram nos delitos tipificados nos artigos 9º, 10 e 11, devem ser aplicados em conformidade com o princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Haja vista que tais princípios têm uma forte ligação com a evolução dos direitos e garantias individuais. De modo que os a aplicação destes princípios garante que excessos não sejam cometidos na aplicação da sanção e exige uma devida adequação na medida de cada caso concreto.

Segundo entendimento do STJ deve ficar a critério do magistrado na hora da dosimetria da sanção verificar a natureza de cada delito e as consequências que o ato ímprobo acarretou à Administração. Sob o mesmo aspecto entende o Superior Tribunal de Justiça que é imprescindível a exposição dos motivos que levaram a aplicação da sanção, levando em consideração os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Entendimento pacificado pela Corte Superior entende-se que quando feridos os princípios da Administração Pública os mesmos devem estar eivados de má fé para que assim possam se enquadrar na LIA. O Superior Tribunal de Justiça assevera que não se deve entender simples irregularidades como atos ímprobos, lembrando que os atos ímprobos devem sempre atentar contra a moralidade administrativa.

Conforme entendimento pacífico do STJ, o objetivo da lei em epígrafe é punir os maus gestores, mas para configuração da conduta, o STJ considerou que a má-fé é premissa básica do ato ilegal e ímprobo.

Com efeito, o STJ, em diversas oportunidades, reafirmou o entendimento de que a ilegalidade só adquire status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da administração pública coadjuvados pela má-fé.

As sanções previstas no art. 12, incisos I a III, consistem na suspensão de direitos políticos, os quais podem variar de três anos a dez anos; a perda da função pública, o pagamento de multa, o ressarcimento ao erário e a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais pelo prazo de três a dez anos, dependendo em qual o caso específico o agente se enquadrou.

O STJ tem firmado entendimento no sentido de que as penas que estão previstas no artigo 12 da LIA podem ser cumulativas, portanto, ficando a cargo do magistrado a sua dosimetria.

4.8 Ação popular como meio de fiscalização de atos lesivos ao patrimônio público

Com o advento da Carta Magna de 1988, muitos princípios e dispositivos legais foram inseridos no ordenamento jurídico pátrio, o que possibilitou a população o controle de atos lesivos ao erário e, assim tendo o cidadão como meio de fiscalizar e combater atos lesivos ao patrimônio público a Ação Popular. Considera-se a Lei 4.717/65 mais conhecida como (Ação Popular) como uma das primeiras vitórias da democracia em nosso País, onde o cidadão teve um direito garantido de atacar na via judicial qualquer ato que contrarie a probidade e a moralidade administrativa.

O Superior Tribunal de Justiça vem pacificando entendimento de que, conforme previsto na Lei 4.717/65, o termo “Patrimônio Público” ao qual o referido diploma legal se refere deve ser entendido em sentido amplo, abrangendo a probidade e a moralidade administrativa, conforme decisão do pleno abaixo:

Trata-se de ação **popular** que comprovou que o prefeito construiu monumento referente ao Cristo Redentor sem previsão orçamentária nem processo licitatório e o condenou ao pagamento de perdas e danos no montante gasto. No REsp, o prefeito insurge-se contra a condenação; pois, a

seu ver, não houve lesão ao patrimônio público. Para o Min. Relator, é possível afirmar a prescindibilidade do dano para a propositura da ação **popular**, sem adentrar o mérito da existência de prejuízo econômico ao erário. Isso porque a Lei de Ação **Popular** (Lei n. 4.717/1965), em seu art. 1º, § 1º, ao definir o patrimônio público como bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, deixa claro que o termo “patrimônio público” deve ser entendido de maneira ampla, a abarcar não apenas o patrimônio econômico, mas também outros valores, entre eles, a **moralidade administrativa**. A Suprema Corte já se posicionou nesse sentido e, seguindo o mesmo entendimento, este Superior Tribunal tem decidido que a ação **popular** é instrumento hábil na defesa da **moralidade administrativa**, ainda que não exista dano econômico material ao patrimônio público. Além disso, as instâncias ordinárias, na análise dos fatos, chegaram à conclusão de que a obra trouxe prejuízo ao erário por ser construção sem infraestrutura, com sérios problemas de erosão no local etc. Diante do exposto, a Turma não conheceu do recurso. Precedentes citados do STF: RE 170.768-SP, DJ 13/8/1999; do STJ: REsp 474.475-SP, DJe 6/10/2008, e REsp 172.375-RS, DJ 18/10/1999. **REsp 1.130.754-RS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 13/4/2010.**

4.8.1 Requisitos da Ação Popular

Nota-se que na Ação Popular a uma diferença quanto à legitimidade ativa, porque neste caso tem-se aqui uma condição específica, para a propositura da Ação Popular a parte autora tem que ser necessariamente cidadão em pleno gozo de seus direitos políticos.

A - Para propositura da Ação Popular deve figurar no polo ativo cidadão;

B - Deve haver ato lesivo ao patrimônio público eivado de ilegalidade, imoralidade e improbidade;

C - Outro requisito para propositura da presente ação é efetiva lesão ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

4.8.2 Ação popular e o princípio da moralidade administrativa

A Constituição Federal de 1988 ao consignar no art. 37 *caput* o princípio da moralidade administrativa torna admissível através do descumprimento deste princípio a propositura da Ação Popular. Desta forma há também uma concordância entre o art. 37, a Lei 4.717/65 e o art. 1º da CF/88, pois como estabelece o art. 1º,

todo poder emana do povo, que neste caso específico exerce diretamente através da Ação Popular.

Nesse sentido é o entendimento do STF:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ÓBICE DA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO SUPERADO. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO POPULAR. REQUISITOS. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 5º, XXXV, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. SUSCITADA OFENSA AO ART. 93, IX, DA LEI FUNDAMENTAL. INEXISTÊNCIA. ACÓRDÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. AGRAVO IMPROVIDO. I – Esta Corte firmou entendimento no sentido de que para se chegar à alegada ofensa à Constituição no concernente à autonomia universitária, necessário seria a análise de normas infraconstitucionais II – A discussão acerca da comprovação de lesividade ao patrimônio público como requisito para propositura de Ação Popular, demanda o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que inviabiliza o extraordinário a teor da Súmula 279 desta Corte. III – A jurisprudência desta Corte fixou-se no sentido de que, em regra, a afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação dos atos decisórios e da prestação jurisdicional, se dependente de reexame prévio de normas infraconstitucionais, seria indireta ou reflexa. Precedentes. IV – A exigência do art. 93, IX, da Constituição, não impõe seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador informe de forma clara e concisa as razões de seu convencimento. V – Agravo regimental improvido.

Portanto, a orientação dos Tribunais Superiores é de que sempre, quando se tratar de Ação Popular, deve haver o liame entre dois requisitos básicos, qual sejam, legalidade e lesividade, sob pena do pedido do autor ser julgado improcedente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho monográfico observou-se que a Constituição Federal e leis infraconstitucionais criaram mecanismos específicos a fim de que a Administração Pública possa efetivamente combater as fraudes realizadas nos procedimentos licitatórios, tendo em vista que se pretendeu fazer uma abordagem dos crimes tipificados na Lei 8.666/93 (Licitações e Contratos Administrativos) e as responsabilidades destes perante a Lei 8.429/92, (Improbidade Administrativa) e Lei nº 4.717/65 (Ação Popular).

No entanto, foram encontradas diversas dificuldades acerca da construção deste trabalho, apesar de ser um tema bastante apresentado pelos veículos de

comunicação é pouco tratado pela doutrina especializada em relação às fraudes e à fiscalização dos crimes praticados contra o patrimônio público.

Objetivou debruçar-se sobre as fraudes mais comuns praticadas por agentes públicos e empresas inidôneas e buscar mecanismos de controle para combater a lesividade ao patrimônio público, enriquecimento ilícito de administradores e terceiros perante a Administração Pública, contra atos que atentem contra aos princípios da Administração Pública. Pretendeu-se dentre outros, mostrar métodos de que a fiscalização exercida pela sociedade é extremamente importante para combater fraudes cometidas contra a Administração Pública.

Buscou-se apresentar que em alguns crimes tipificados na Lei de Licitações e Contratos Administrativos para ser caracterizado deve trazer dano ao erário ou efetivo prejuízo a Administração. Quando possível sanar o ato licitatório eivado de fraude ou um simples vício o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça é de que deve ser anulado o certame. Visou-se também identificar quando os crimes praticados perante as Licitações Públicas se enquadrariam na LIA, e diante de tais hipóteses as sanções e formas de controles previstos nesta. Pretendeu-se apresentar quando e como ocorrem os crimes previstos na LIA tipificados nos artigos 9º, 10 e 11 e fazer um breve conceito do que é enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação aos princípios.

Além disso, observou-se um desrespeito aos princípios constitucionais que norteiam o procedimento licitatório, que quando são observados tornam o procedimento licitatório mais aprimorado, tornando a contratação mais célere, mais vantajosa à Administração e efetivando o princípio da economicidade.

Destacou-se que a licitação ganhou relevo constitucional logo após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, logo em seguida foi editada a Lei nº 8.666/93 para regulamentar o procedimento licitatório no Brasil, definindo suas características, modalidades, objeto dentre outros aspectos.

Observou-se que há uma grande necessidade para que seja editada uma Lei mais rigorosa para disciplinar as Licitações e Contratos Administrativos no Brasil, pois foi objetivado mostrar que as sanções previstas na Lei 8.666/93 não são suficientes para punir os atos que atentam contra os procedimentos licitatórios. No entanto, também se pôde observar que só a edição de leis mais rigorosas não será o

fim das fraudes, visto que também tem que haver o efetivo controle fiscalizatório dos órgãos competentes, bem como, a aplicação das penalidades previstas na Lei.

Objetiva-se verificar as fraudes que decorrem essencialmente da não fiscalização do próprio controle interno de cada entidade, pois se visou apresentar instrumentos de controle contra fraudes suficientes.

O presente trabalho tem como objetivo apresentar instrumentos visando orientar a população em geral de forma clara e contundente para uma compreensão objetiva da população acerca dos mecanismos de combate e fiscalização as fraudes em procedimentos licitatórios e desta forma incentivando à participação no controle por parte de toda sociedade aos atos administrativos e em especial a aqueles em que gerem lesividade ao patrimônio público.

Buscou-se demonstrar métodos de fiscalização dos procedimentos licitatórios, fazendo-se uma análise aos contratos firmados irregularmente perante a Administração Pública de modo que sejam prejudiciais ao bom funcionamento da máquina administrativa o qual poderá ser combatido por meio da Lei nº 4.717/65 mais conhecida como (ação popular).

Objetivou-se apresentar em que hipóteses poderão ser aplicadas as normas contidas na Lei 8.428/92 (improbidade administrativa) bem como na ação popular, para combater as fraudes em procedimentos licitatórios, onde poderão ser denunciadas por qualquer pessoa irregularidades que qualquer cidadão tenha conhecimento, a qual a primeira deverá ser proposta pelo órgão ministerial e a segunda por qualquer cidadão desde que esteja em pleno gozo de seus direitos políticos que neste caso é comprovado pelo título de eleitor.

Pretendeu-se mostrar as possíveis formas de controles externo que é o instrumento de grande importância, o qual é exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio dos Tribunais de Contas, os quais tem o dever de fiscalizar e controlar as finanças públicas de todos os entes e órgãos da federação.

Visa demonstrar que a intervenção popular no combate as fraudes em procedimentos licitatórios no Brasil é muito importante, mas infelizmente essa fiscalização popular é muito precária, apesar de haver instrumentos suficientes de fiscalização que foram conferidos a sociedade por meio da Constituição Federal de 1988.

Por fim, espera-se que o presente trabalho contribua para futuras verificações, conhecimentos e controles de fraudes em procedimentos licitatórios de modo que possam ser apresentadas as falhas nos procedimentos, bem como as irregularidades que possam acarretar fraudes.

REFERÊNCIAS

ARAS, José. **Coletânea de Normas Administrativas**. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM; 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Fabiano de. A corrupção no orçamento: fraudes em licitações e contratos com o emprego de empresas inidôneas. **Portal do TCU – Tribunal de Contas da União**. Brasília, ISC/TCU - Instituto Serzedello Corrêa, abril, 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053588.PDF>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. Salvador: JusPODVM; 2012.

DINIZ, Marcelo Mattar. Corrupção e formas desviantes de exercício do Poder. **PHRONESIS Revista do Curso de Direito da FEAD**. Belo Horizonte, v.1, nº 2, Julho, 2006. Disponível em: <<http://www.fead.br/ebooks/DOCSTCCMONO/Revista%20D%201-2.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas; 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

FIGUEREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros; 1998

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

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14ª ed. São Paulo: Dialética; 2012.

MARINELLA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6ª ed. Rio de Janeiro; Impetus; 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**: atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro. 14ª ed. São Paulo: Malheiros; 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**: atualizado por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 38ª ed. São Paulo: Malheiros; 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19º ed. São Paulo: Malheiros; 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini.; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 26ª ed. São Paulo: Atlas; 2012.

OLIVEIRA, Anderson de. **Licitações: Fraudes comuns nas aquisições de bens, enquadramento legal e procedimentos preventivos**. Florianópolis, UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina, junho, 2009. Disponível em: <<http://tcc.bu.ufsc.br/Contabeis291246>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

SILVA, Kleusson da Costa. Fraude em Licitações: Artigo: Crime na Administração do Patrimônio Público. **Revista Direito e Política**, Teresina. v.2, n.1, p. 61-69, jan/jun. 2012.

ZIMMERMANN, Alan Cristiano. **Crimes na licitação**. Santa Catarina, UNIVALI - Universidade do vale de Itajaí, novembro, 2008. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Alan%20Cristiano%20Zimmermann.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2018.