

FRAUDES EM LICITAÇÕES: UMA ABORDAGEM PRAGMÁTICA

Renan Paes Felix¹

Resumo: O presente artigo tem como escopo proceder a uma análise jurídica dos crimes contra as licitações no ordenamento jurídico brasileiro, observando tais delitos no contexto de um sistema político “viciado”, bem como apontar meios para o aperfeiçoamento da apuração e persecução criminal por parte do Ministério Público. Para tanto, far-se-á, além de uma abordagem do tema sob a perspectiva teórica e jurisprudencial, uma incursão em casos práticos que lograram êxito em dismantelar esquemas de fraudes em licitações (investigações coordenadas pelo Ministério Público Federal e Polícia Federal).

Sumário: 1. Considerações Iniciais. 2. Dos Crimes Contra as Licitações. 2.1. Art. 89 da Lei nº 8.666/932. 1.1. Fracionamento indevido de licitações. 2.1.2. Festas e eventos. 2.1.3. Contratação de escritórios de advocacia. 2.2. Art. 90. 2.3. Art. 92. 2.4. Art. 96. 3. Formas De Investigação. 4. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo tem como escopo proceder uma análise jurídica dos crimes/atos de improbidade contra as licitações no ordenamento jurídico brasileiro, observando tais delitos no contexto de um sistema político “viciado”, bem como apontar meios para o aperfeiçoamento da apuração e persecução criminal por parte do Ministério Público. Para tanto, far-se-á, além de uma abordagem do tema sob a perspectiva teórica e jurisprudencial, uma incursão em casos práticos que lograram êxito em dismantelar esquemas de fraudes em licitações (investigações coordenadas pelo Ministério Público Federal e Polícia Federal).

De saída, é preciso registrar que em 15 de novembro de 1889 o Brasil deixou de ser uma monarquia e passou a adotar a forma de governo conhecida como República. Isso significa que o Poder passou a ser exercido não mais de forma hereditária (por meio da

¹ Procurador da República na Paraíba. Especialista em Direito Constitucional.

família real), mas sim de modo eletivo, com alternância periódica no Poder. Desse modo, atualmente, qualquer do povo que preencha os requisitos exigidos pela lei de regência pode se candidatar a cargos eletivos no Poder Executivo e passar a administrar o Estado brasileiro, seja na esfera municipal, estadual ou federal.

Desde o advento da Constituição de 1988, qualquer cidadão que atenda as exigências de elegibilidade previstas no art. 14 da Carta Magna está apto a concorrer, de forma democrática, no pleito eleitoral. Ocorre que o processo eleitoral demanda o dispêndio de recursos. E aqui não está nem a tratar de recursos espuriamente utilizados para compra de votos. Mesmo as campanhas eleitorais licitamente conduzidas custam caro.

O art. 26 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), por exemplo, elenca vários gastos eleitorais lícitos: confecção de material impresso de qualquer natureza e tamanho; propaganda e publicidade; aluguel de locais para a promoção de atos de campanha eleitoral; despesas com transporte e deslocamento de candidato e de pessoal a serviço das candidaturas; correspondência e despesas postais; despesas de instalação e funcionamento de comitês de campanha; remuneração a pessoal que preste serviço às candidaturas; montagem de carros de som; realização de comícios; produção de programas de TV, rádio, internet; realização de pesquisas eleitorais; custos com a criação de sítios na internet e redes sociais etc.

A democracia tem o seu preço, e não é barato. Como diz o conhecido adágio norte-americano, “não existe almoço grátis”. Para fazer frente a todos esses custos, os candidatos estão autorizados a receber doações tanto de pessoas físicas quanto jurídicas.

No plano ideal, conforme previsto na Lei das Eleições, toda a movimentação financeira dos candidatos deve ser feita em conta bancária específica, bem como registradas todas as doações, para fins de prestação de contas perante a Justiça Eleitoral. Assim dispõe o art. 22 da Lei das Eleições: “É obrigatório para o partido e para os candidatos abrir conta bancária específica para registrar todo o movimento financeiro da campanha”.

Ocorre que, no mundo real, nem todo dinheiro arrecadado em campanhas eleitorais entra na conta bancária oficial e na prestação de contas dos candidatos. Os casos que por diversas vezes já chegaram ao Poder Judiciário demonstram que é comum a formação do chamado “caixa 2” na campanha eleitoral. E esse caixa, que não passa pelo crivo da fiscalização, muitas vezes é arrecadado por

intermédio de doações realizadas por pessoas jurídicas interessadas em obter benefícios por intermédio do candidato eleito, quando este assume o Poder.

Daí – e é aqui que se quer chegar com toda essa contextualização do problema – após as eleições, os doadores “cobram a fatura” dos candidatos eleitos, exigindo para si a concessão de determinados benefícios que lhe assegurem retorno financeiro compatível (normalmente bem superior) com os gastos efetuados na campanha eleitoral do candidato. Uma mão lava a outra, e o ciclo vicioso se fecha. Esses benefícios normalmente são contratos com o Poder Público, dos mais variados tipos: execução de obras públicas, aquisição de bens e produtos, prestação de serviços, nomeação de apadrinhados em cargos comissionados etc.

Ocorre que a Lei Maior brasileira é muito clara ao dispor, no seu art. 37, XXI, que ,

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

Como se vê, a Constituição estabelece o saudável princípio da isonomia de condições a todos os concorrentes que preencham os requisitos legais de habilitação. Assim, para o legislador constituinte, qualquer particular que deseje celebrar contratos com o Poder Público deve concorrer em pé de igualdade com seus pares. Ora, é intuitivo que a salutar disputa de mercado enseja a consecução do interesse público na seleção da proposta mais vantajosa para o Estado.

No entanto, na linha do que se asseverou acima, a fim de assegurar que o “apadrinhado” do gestor seja o vencedor da licitação e receba o seu quinhão pela contribuição na campanha eleitoral, as mais variadas fraudes, como se verá, são cometidas. De mais a mais, algumas vezes o beneficiado não é nem contribuinte de “caixa 2” de campanha eleitoral, mas se dispõe a entrar no esquema e repassar ao gestor corrupto um percentual do contrato a ser adjudicado fraudulentamente.

É aí que entram em cena, como se verá, as mais variadas ações a fim de conferir ares de legalidade ao crime: empresas de fachada;

falsificação de documentos e de assinaturas; licitações simuladas; dispensas indevidas ao procedimento licitatório; superfaturamento; conluio entre empresas etc.

Cite-se um exemplo introdutório dessa chaga, que tanto abala a população. Em um município no alto sertão da Paraíba, a então prefeita da cidade fez um acerto com um empresário para adjudicar um contrato para construção de uma barragem na área rural do município. Os recursos, aproximadamente R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), vieram de convênio celebrado com o Ministério da Integração Nacional. Com o espúrio acordo previamente definido entre prefeita e empresário, este conseguiu documentos de empresas de fachada para conferir aparência de legalidade à licitação, e sua empresa adjudicou o objeto do certame. A obra foi construída sem a devida fiscalização e, após alguns anos de sua conclusão, percebeu-se que devido a problemas de ordem estrutural, a barragem não estava apta para acumular água e servir ao seu propósito maior, que seria o abastecimento humano. Uma licitação fraudada gerou um prejuízo quase milionário aos cofres públicos e prejudicou seriamente uma população humilde, que tem difícil acesso à água.

Por isso, é fundamental que o Ministério Público e os demais órgãos públicos de investigação e controle aperfeiçoem a sua expertise no combate a tais crimes, que tanto prejudicam o erário e impedem o desenvolvimento do País.

2. DOS CRIMES CONTRA AS LICITAÇÕES

A fim de regulamentar o já citado art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, foi editada a Lei nº 8.666/93, que, como se sabe, disciplina os procedimentos licitatórios e os contratos da Administração Pública.

Referida lei também trouxe em seus dispositivos dez tipos penais, enquadrados entre os artigos 89 a 98.

Tendo em conta o viés prático do presente artigo, a análise será focada nos crimes mais recorrentes, que certamente serão objeto de apreciação no dia-a-dia da atuação do *Parquet*.

Para identificar esses casos, foi procedida uma pesquisa na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Realizada busca nos julgados do STJ, identificou-se um total de 285 acórdãos que trataram de crimes contra as licitações, conforme lista abaixo:

a) art. 89: 157 acórdãos (55,1%)

b) art. 90: 80 acórdãos (28,1%)

c) art. 91: 2 acórdãos (0,7%)

d) art. 92: 21 acórdãos (7,5%)

e) art. 93: 5 acórdãos (1,7%)

f) art. 94: 3 acórdãos (1%)

g) art. 95: 4 acórdãos (1,4%)

h) art. 96: 12 acórdãos (4,2%)

i) art. 97: 1 acórdão (0,4%)

j) art. 98: 0 acórdão (0,0%)

Essa análise é importante, pois demonstra que mais de 80% dos casos envolvendo crimes contra as licitações serão enquadrados nos arts. 89 e 90 da Lei nº 8.666/93. Por isso, não há dúvida em aprofundar a análise nesses dois tipos penais, secundados pelos tipos constantes nos arts. 92 e 96, que ainda possuem alguma incidência prática. Os demais tipos penais, embora previstos em lei e com vigência atual, quase não são acionados. Por isso, não serão analisados aqui.

Antes de adentrar no estudo de cada tipo penal em específico, cabe ressaltar, quanto à fase procedimental que, embora os crimes contra as licitações sejam delitos, em tese, contra a Administração Pública, a orientação predominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de não aplicar o procedimento especial previsto nos arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal, pois este só é aplicável aos crimes funcionais típicos. A esse respeito:

CRIME DA LEI DE LICITAÇÕES (ARTIGO 90 DA LEI 8.666/1993). RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRELIMINAR. ARTIGO 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DELITO QUE NÃO SE QUALIFICA COMO FUNCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. O procedimento especial previsto nos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal só se aplica aos delitos funcionais típicos, descritos nos artigos 312 a 326 do Código Penal. Precedentes.

2. No caso dos autos, os recorrentes foram denunciados pelo crime de fraude à licitação, o que afasta a incidência do artigo 514 do Estatuto Processual.

3. Recurso improvido.

(RHC 37.309/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 3.9.2013, DJe 17.9.2013)

Importante destacar também que a prática de crime contra as licitações sujeita os seus autores, quando servidores públicos, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo, a teor do art. 83 da Lei nº 8.666/93. Para NUCCI (2012, p. 397), não se trata de efeito automático de sentença penal condenatória, mas sim de sanção aplicável na órbita administrativa. No entanto, os Tribunais têm aplicado a sanção como efeito da condenação (STJ, REsp nº 1.244.666/RS e AgRg no AgRg no REsp nº 1.262.992/MA).

De resto, observe-se que o Ministério Público Federal só terá atribuição para investigação e persecução criminal de tais delitos quando houver, no edital de licitação, a previsão de utilização de recursos públicos federais, decorrentes, normalmente, de Convênios ou Contratos de Repasse. Caso a licitação seja realizada por um órgão estadual ou municipal com recursos próprios, a competência para investigação será do Ministério Público estadual.

2.1. Art. 89 da Lei nº 8.666/93

Esse tipo penal é, sem dúvida, um dos com maior incidência prática, demandando, por parte dos profissionais do Direito, um profundo conhecimento acerca de suas nuances.

Assim dispõe o art. 89:

Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena – detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

O crime objetiva tutelar a moralidade administrativa. Note-se que “dispensar” e “inexigir” são termos técnicos relacionados ao procedimento licitatório. A licitação é dispensável nas hipóteses previstas no art. 24 da Lei nº 8.666/93. Por outro lado, a licitação é inexigível quando não há possibilidade de concorrência, conforme exemplos elencados no art. 25 da Lei de Licitações. Assim, o crime é cometido quando o agente dispensa ou inexige licitação fora das hipóteses previstas, respectivamente, nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93. A outra conduta prevista no tipo penal, que consistente em “deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade”, também está vinculada à inobservância dos artigos acima citados, bem como de outros artigos relacionados ao procedimento licitatório.

O crime é próprio, mas admite coautoria e coparticipação. Assim, podem cometer tal delito os servidores públicos responsáveis por operar o procedimento licitatório bem como as autoridades responsáveis. É comum nos municípios identificar prefeitos cometendo esse crime, para fazer valer esquemas de corrupção e favorecimento de determinadas empresas e pessoas. Isso porque, embora as licitações sejam coordenadas por uma comissão, não raro o prefeito seleciona servidores de pouca instrução, que sequer conhecem a legislação pertinente, apenas para dar aparência de legalidade às licitações fraudadas. E é ele que homologa, ao final, o procedimento licitatório.

Quanto a esse aspecto, é importante ressaltar que o tipo penal previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 substitui aquele contido no art. 1º, XI, do Decreto-Lei nº 201/67². Embora o Decreto-Lei nº 201/67 seja um diploma normativo especial, pois trata de crimes em relação aos prefeitos, a Lei nº 8.666/93 também é especial, pois regula de forma exaustiva os procedimentos licitatórios. Desse modo, como ambas as normas são especiais, o conflito se resolve pelo critério cronológico. E sendo a Lei de Licitações mais nova, é ela que é aplicável na espécie. Nesse sentido, são a doutrina e a jurisprudência, servindo de exemplo os excertos abaixo:

É evidente que a norma do art. 89 da Lei de Licitações, por ser mais abrangente, absorveu parte da figura típica prevista no art. 1º, XI, do Decreto-lei 201/67, não socorrendo o argumento de ser esta lei especial e por isso ser vigor permaneceria, pois a Lei 8.666/93, em matéria de crimes de licitação, também é lei especial, pelo que o critério a ser utilizado para resolver essa aparente antinomia será o cronológico, ou seja, *lex posterior derogat legi priori*, e, sendo as duas normas do mesmo escalão, a última prevalece sobre a anterior (Freitas, 2010, p. 91-92).

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO POR PREFEITO. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. DECRETO-LEI 201/67 E LEI 8.666/90. CRITÉRIO CRONOLÓGICO.

1. Conquanto o Decreto-Lei nº 201/67 seja norma especial porque institui crimes próprios praticados por prefeitos e vereadores, a Lei nº 8.666/90 também é especial porque tipifica os crimes praticados em procedimentos licitatórios, disciplinando especificamente o tema relativo às licitações públicas.

2. Tratando-se de normas com equivalência hierárquica e incidência nos âmbitos municipal, estadual e federal, resta dirimir o conflito aparente de normas pelo critério

² Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: [...] XI – Adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei.

cronológico, prevalecendo o artigo 89 da Lei nº 8.666/90 para os atos praticados após a sua entrada em vigor.

3. Recurso improvido.

(STJ. REsp 1.288.855/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17.10.2013, DJe 29.10.2013).

O dolo é o genérico, não se exigindo para sua configuração o especial fim de agir. A maior parte da doutrina (NUCCI, 2012, p. 404) entende que se trata de crime formal, ou seja, que não exige resultado naturalístico para a sua consumação, consistente em efetivo prejuízo para a Administração Pública. Esse era o entendimento do STJ (HC 97.720/PE. Rel. Min. Felix Fischer, DJ 18.8.2008). No entanto, infelizmente, o Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento da Apn 480/MG, alterou seu entendimento para o fim de exigir a comprovação do prejuízo para que o crime reste configurado. Nesse sentido:

AÇÃO PENAL. EX-PREFEITA. ATUAL CONSELHEIRA DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. FESTA DE CARNAVAL. FRACIONAMENTO ILEGAL DE SERVIÇOS PARA AFASTAR A OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO. ARTIGO 89 DA Lei N. 8.666/1993. ORDENAÇÃO E EFETUAÇÃO DE DESPESA EM DESCONFORMIDADE COM A LEI. PAGAMENTO REALIZADO PELA MUNICIPALIDADE ANTES DA ENTREGA DO SERVIÇO PELO PARTICULAR CONTRATADO. ARTIGO 1º, INCISO V, DO DECRETO-LEI N. 201/1967 C/C OS ARTIGOS 62 E 63 DA LEI N. 4.320/1964. AUSÊNCIA DE FATOS TÍPICOS. **ELEMENTO SUBJETIVO. INSUFICIÊNCIA DO DOLO GENÉRICO. NECESSIDADE DO DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO E DA CARACTERIZAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO.**

- Os crimes previstos nos artigos 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-lei n. 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal.

- Caso em que não estão caracterizados o dolo específico e o dano ao erário.

Ação penal improcedente.

(Apn 480/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 29.3.2012, DJe 15.6.2012)

[...]

DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI (ARTIGO 89 DA

LEI 8.666/1993). NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME. ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Esta Relatoria, com base na jurisprudência então dominante neste Superior Tribunal de Justiça, posicionava-se no sentido de que a caracterização do ilícito previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993 prescindia da comprovação da ocorrência de prejuízo ao erário, sendo suficiente a dispensa irregular de licitação ou a não observância das formalidades legais.

2. Contudo, **após o julgamento da Apn 480/MG, a Corte Especial deste Sodalício sedimentou o entendimento de que para a configuração do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei é imprescindível a comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário, exigindo-se a efetiva comprovação do prejuízo à Administração Pública.**

3. No caso dos autos, tanto o édito repressivo quanto o aresto que o confirmou deixaram de se reportar a qualquer atitude do paciente capaz de caracterizar o necessário dolo específico de causar prejuízo ao erário, tendo apenas consignado que ordenava despesas sem a observância do procedimento licitatório necessário, o que, como visto, se mostra insuficiente para a caracterização do crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993.

4. Constatada a similitude fática dos demais corrêus com relação a atipicidade da conduta que ora se reconhece, devem lhes ser estendidos os efeitos desta decisão, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal deflagrada em desfavor do paciente, no tocante do delito disposto no artigo 89 da Lei 8.666/1993, estendendo-se os efeitos desta decisão aos demais corrêus.

(HC 254.615/TO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 6.8.2013, DJe 23.8.2013)

Desse modo, enquanto esse entendimento for mantido, não basta indicar a adequação da conduta do agente ao tipo penal. É preciso, além disso, apontar o prejuízo causado à Administração Pública para que haja tipicidade formal e material. Para isso, cabe ao Ministério Público aprimorar: a) a argumentação; e b) a investigação dos fatos.

Quanto ao primeiro tópico, o ponto de partida é que a licitação é um expediente competitivo, com concorrentes atuando em igualdade de condições. Mediante esse embate, o vencedor será aquele que, via de regra, apresentar o menor preço (desde que seja um menor preço viável, executável). Por outro lado, se não há competição, por óbvio, não será alcançada a melhor proposta para a Administração Pública. E essa diferença entre a proposta ideal e a proposta vencedora em

uma licitação fraudulenta é exatamente o prejuízo sofrido pelo Estado quando ocorre o crime contra as licitações. Isso tem que ficar claro nos autos, para que não haja o risco de a tipicidade material do crime ser afastada.

Mas não é só. Também pode acontecer de o real adjudicatário do objeto licitado não possuir a qualificação técnica e operacional para executar a obra ou o serviço contratado. Nesse segundo caso, em que a obra possui defeito, para aferir o prejuízo é preciso realizar uma perícia técnica. Nessa perícia pode ser identificado tanto superfaturamento como falha na construção, e aí também o prejuízo pode ser mensurado.

A linha de investigação do Ministério Público, nesses casos, deve ser sempre voltada para a quantificação do prejuízo causado ao erário pelo descumprimento da legislação relativa às licitações.

É importante notar, outrossim, que muitas vezes o delito previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 virá acoplado ao desvio de verbas públicas (art. 1º, I, Decreto-Lei nº 201/67). Isso porque, normalmente, a fraude no procedimento licitatório ocorre para permitir e/ou ocultar o desvio de recursos públicos.

2.1.1. Fracionamento indevido de licitações

Um caso comum de prática do art. 89 da Lei nº 8.666/93 é o fracionamento indevido de licitações. O gestor, em vez de fazer uma licitação, por exemplo, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), fraciona o objeto em dois procedimentos de dispensa, no valor de R\$ 7.500,00 cada. Dois procedimentos com o mesmo objeto e realizados no mesmo período. Trata-se de dispensa indevida ao procedimento licitatório. A esse respeito, confira-se o seguinte acórdão:

DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI 8.666/93. COMPRA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO. FRACIONAMENTO. CONTRATAÇÃO DIRETA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. URGÊNCIA DA MEDIDA. FATORES DESCONHECIDOS E NÃO ESPERADOS PELO ADMINISTRADOR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DOLO EVENTUAL. SUFICIÊNCIA. CONCURSO DE PESSOAS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. 1. O crime de dispensa ilegal de licitação objetiva tutelar, antes de mais nada, a moralidade administrativa, razão pela qual sua perfectibilização dispensa a prova de dano patrimonial à Administração Pública. 2. Trata-se de conduta típica descrita no artigo 89 de crime de mão própria - pois que somente pode ser realizada por determinado

servidor público detentor do poder pessoal e indeclinável de decidir sobre a realização ou não do certame licitatório.

3. Na análise do presente caso, a dispensa ilegal de licitação está associada às diversas contratações isoladas, sendo que o fracionamento fora efetivado de forma com que cada um dos procedimentos perfizesse valores extremamente próximos à limitação legal que dispensa a adoção do certame.

[...]

5. Considerando que o artigo 89 prescinde “de demonstração de qualquer finalidade específica na conduta do agente”, estando preenchido o tipo subjetivo com a simples presença do dolo direto ou eventual, resta perfectibilizado o delito na espécie. Precedentes jurisprudenciais.

6. Mesmo que um dos acusados tenha concorrido para a consumação da dita dispensa ilegal de licitação, não se pode dizer que, comprovadamente, dessa se beneficiou ao contratar diretamente com o Poder Público, uma vez que a empresa sobre a qual detinha participação (e que forneceu o material de construção) sequer foi paga.

(TRF da 4ª Região. ACR 200171000002443, TADAAQUI HIROSE, TRF4 - SÉTIMA TURMA, D.E. 24.2.2010).

2.1.2. Festas e eventos

Um caso que tem se revelado bastante comum é relacionado à realização de festas e eventos. O município, por intermédio de um convênio com o Ministério do Turismo, consegue verbas federais para realização de eventos na cidade, em datas comemorativas (carnaval, São João, feriados locais, dias santos etc.), com bandas e artistas musicais.

Para executar o convênio, o prefeito celebra uma contratação direta com determinado empresário, por inexigibilidade de licitação, fundamentado no art. 25, III, da Lei nº 8.666/93 (“Art.25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: III- para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”).

Porém, o gestor municipal, para contratar as bandas musicais que tocarão no evento, celebra o contrato com um empresário local, que apresenta uma carta de exclusividade daquelas bandas tão somente para os dias do evento. Embora a legislação afirme ser inexigível a licitação apenas nos casos que o profissional do setor artístico seja consagrado (por exemplo, Ivete Sangalo, Caetano Veloso, Lulu Santos, Jota Quest etc.), e a contratação se dê por

intermédio de seu empresário exclusivo, o que ocorre é o seguinte: um empresário qualquer entra em contato com as bandas e “fecha” as datas para o evento. Após, ele se apresenta como “empresário exclusivo”, embora não o seja.

Nesses casos, o prejuízo ao erário com a inobservância do dever de licitar é exatamente a comissão a que o intermediário teve direito, que varia entre 10% e 20% dos valores contratados. Por isso, é importante, durante a investigação, proceder à oitiva do empresário e perguntar qual foi o valor (comissão) que ele recebeu pela intermediação na contratação da banda musical. E, ademais, por vezes, o grupo musical contratado sequer preenche o requisito de ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, sendo um ilustre desconhecido. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/1993. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA Nº 208/STJ. NECESSIDADE DE PRESTAÇÃO DE CONTAS À ÓRGÃO DA ESTRUTURA FEDERAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. [...]. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. FICTÍCIA EXCLUSIVIDADE ENTRE A EMPRESA CONTRATANTE E AS BANDAS CONTRATADAS. ESPECÍFICA PARA O EVENTO. ÂNIMO DE EIVAR DE IRREGULARIDADE O ATO. DANO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE. ELEMENTAR DO TIPO PENAL NA OMISSÃO À OBSERVÂNCIA ÀS FORMALIDADES PERTINENTES À DISPENSA OU À INEGIBILIDADE DE CERTAME LICITATÓRIO. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

I. Firmada a competência da Justiça Federal, no caso concreto, pela obrigatoriedade de prestações de contas dos valores perante o órgão conveniente, o Ministério do Turismo, e a não incorporação dos recursos objeto do convênio ao patrimônio da municipalidade, eis que específica para a realização da festa da padroeira, o que enseja a aplicação da Súmula nº 208/STJ.

[...]

V. O conjunto probatório carreado aos autos, inclusive as próprias declarações do apelante, comprova que a empresa por ele dirigida não detinha a representação exclusiva das bandas que vieram a ser contratadas pela municipalidade e, sob tal fundamento, sem a necessária licitação, mas apenas que solicitara àquelas cartas de exclusividade específica para a festa organizada pela municipalidade, inexistindo o necessário contrato de exclusividade e, assim, ferindo o espírito da Lei nº 8.666/1993.

VI. De igual sorte, restou provado que o outro acusado solicitou a pessoas estranhas às bandas a assinatura de declarações de exclusividade, a demonstrar a irregularidade na contratação das mesmas.

VII. Desnecessária a ocorrência de dano ao erário, por não constituir tal o elementar do tipo penal, mas sim a ação omissiva quanto à observância às formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, o que se comprovou nos autos.

VIII. Extinta a punibilidade quanto a JOSÉ MATOS VALADARES, pela ocorrência da prescrição (art. 107, IV c/c arts. 109, IV, e 115, todos do Código Penal), restando prejudicada a apelação por ele manejada.

IX. Improvidas as apelações formuladas por JOSEDESON DÓRIA DE CARVALHO e JOSÉ DA SILVA MOURA.

(TRF da 5ª Região. ACR 00001092620124058501, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 5.9.2013 – p.421)

2.1.3. Contratação de escritórios de advocacia

No caso de contratação de escritórios de advocacia por inexigibilidade de licitação, deve restar comprovada a notória especialização da banca e a singularidade dos serviços jurídicos oferecidos. Para a configuração do delito, além da ausência de tais requisitos, a jurisprudência tem exigido, como já visto, a comprovação do dano ao erário. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. LICITAÇÃO ILEGALMENTE INEXIGIDA (ART. 89 DA LEI N. 8.666/93). ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO PROFISSIONAL PARA PATROCÍNIO DE CAUSA ESPECÍFICA. EXISTÊNCIA DE CORPO JURÍDICO CONSTITUÍDO NO ÂMBITO DA AGÊNCIA DE FOMENTO. CONFLITO DE INTERESSES CONFIGURADO. GRAU DE CONFIABILIDADE. CRITÉRIO SUBJETIVO. DISCRICIONARIEDADE DO AGENTE PÚBLICO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tipo penal descrito no artigo 89 da Lei n. 8.666/93 visa apenar o administrador que dispensa ou considera inexigível o procedimento licitatório fora das hipóteses legais (artigos 24 e 25 do aludido diploma legal), ou deixa de observar formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

2. A inviabilidade de competição a que se refere o artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93, não se caracteriza apenas na exclusividade na prestação do serviço técnico almejado, mas também na sua singularidade, marcada pela notória especialização do profissional, bem como pela confiança nele depositada pela administração. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

3. O grau de confiança depositado na contratação do profissional, em razão da sua carga subjetiva, não é suscetível de ser valorado no bojo de um certame licitatório e se encontra no âmbito de atuação discricionária do administrador público, razão pela qual a competição se torna inviável.

4. Na hipótese em apreço, o órgão acusatório considerou irregular a contratação direta pela administração pública pelo fato da agência de fomento presidida pelo paciente contar com um corpo jurídico próprio, o qual seria apto a defendê-la na demanda que é objeto do contrato.

5. O fato da agência de fomento presidida pelo paciente possuir um corpo jurídico próprio, por si só, não torna ilegal a contratação de escritório de advocacia por meio de inexigibilidade do certame licitatório, mormente pela existência de conflito de interesses de membros daquele com a demanda.

6. Constatando-se que a contratação direta ocorreu dentro dos limites legais, afasta-se a tipicidade da conduta, sendo imperioso o trancamento da ação penal em apreço.

7. Sendo comum aos demais corréus o constrangimento ilegal reconhecido, aplica-se o disposto no artigo 580 do Código de Processo Penal.

8. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade da conduta atribuída ao paciente, determinando-se o trancamento da ação penal deflagrada, estendendo-se os efeitos desta decisão aos demais corréus.

(STJ. HC 228759/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24.4.2012, DJe 7.5.2012)

I. Habeas corpus: prescrição: ocorrência, no caso, tão-somente quanto ao primeiro dos aditamentos à denúncia (L. 8.666/93, art. 92), ocorrido em 28.9.93. II. Alegação de nulidade da decisão que recebeu a denúncia no Tribunal de Justiça do Paraná: questão que não cabe ser analisada originariamente no Supremo Tribunal Federal e em relação à qual, de resto, a instrução do pedido é deficiente. III. Habeas corpus: crimes previstos nos artigos 89 e 92 da L. 8.666/93: falta de justa causa para a ação penal, dada a inexigibilidade, no caso, de licitação para a contratação de serviços de advocacia. **1. A presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia. 2. Extrema dificuldade, de outro lado, da licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais que da profissão (L. 8.906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7º).**

(STF. HC 86198, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 17.4.2007, DJe-047 DIVULG 28.6.2007 PUBLIC 29.6.2007 DJ 29.6.2007 PP-00058 EMENT VOL-02282-05 PP-01033)

2. 2. Art. 90

O art. 90 está assim disposto: “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”.

De saída, cabe ressaltar a grave falha do legislador em aplicar, para um crime mais grave (art. 90 – pena máxima de 4 anos), uma pena menor do que a aplicada a um crime, em tese, menos grave (art. 89 – pena máxima de 5 anos). Ora, no crime do art. 90 há uma fraude, um dolo escancarado de maquiagem a ilegalidade cometida no procedimento licitatório para beneficiar indevidamente um dos licitantes. A conduta descrita no art. 90 é mais reprovável e recebe sanção menor.

Note-se que, do ponto de vista da investigação, é muito mais fácil provar que uma licitação não aconteceu (art. 89) do que identificar uma frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório (art. 90).

Conforme Nucci (2012, p. 406), o importante para configurar o tipo é eliminar a competição ou promover uma ilusória competição entre participantes da licitação por qualquer mecanismo.

O elemento subjetivo específico é o “intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”. O objeto material do delito é a competição do procedimento licitatório e o jurídico é a tutela dos interesses da Administração Pública.

É importante ressaltar que tanto essa conduta quanto a prevista no art. 89 também constituem ato de improbidade administrativa, conforme Lei nº 8.429/92:

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.

Observe-se que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do delito ora em análise, não sendo imprescindível ser agente público para cometer o delito. Nesse sentido é a orientação do STJ:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AOS ARTS. 61, II, “G”, DO CP, E 90 DA LEI Nº 8.666/93. INOCORRÊNCIA. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA NÃO INTEGRANTE DO TIPO PENAL. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Este Tribunal Superior sufragou entendimento no sentido de que o tipo penal previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666/93 (Estatuto das Licitações) pode ser praticado por qualquer pessoa, não sendo a condição de agente público elementar do tipo, de modo que não há bis in idem na aplicação da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea “g”, do Código Penal.

2. Agravamento regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 4.047/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3.9.2013, DJe 16.9.2013)

Por outro lado, é importante destacar a maior reprovabilidade na conduta tipificada no art. 90 quando cometida por prefeito, pois deste se espera maior cuidado na gestão dos recursos públicos que lhe são confiados. A esse respeito:

HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 90, DA LEI N.º 8.666/93, C.C. ART. 29, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. CRIME PRATICADO POR PREFEITO. CIRCUNSTÂNCIA DA CULPABILIDADE ESPECIALMENTE CENSURÁVEL. PENA-BASE ELEVADA EM PATAMAR PROPORCIONAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. É adversa a circunstância da culpabilidade se há exacerbada reprovabilidade na conduta praticada.

2. Tendo sido confiado ao Paciente, que ocupava o cargo de prefeito, pelo sufrágio, a honrosa função de zelar pelo interesse público municipal, deve sua conduta ser sancionada com maior rigor, pela especial censura.

3. Não se tratando o art. 90, da Lei n.º 8.666/93, de crime próprio de prefeitos, a conjuntura apontada pelas instâncias ordinárias extrapola consideravelmente as elementares do tipo imputado ao Paciente, do qual se exigia comportamento totalmente probo, em razão do múnus que lhe foi confiado pelo voto popular.

4. Lembre-se, no ponto, o que já esclareceu o eminente Ministro JORGE MUSSI, em julgamento proferido por esta Turma, de habeas corpus por ele relatado: “segundo a doutrina, na análise da circunstância judicial da culpabilidade, “deve aferir-se o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7ª ed., Renovar: RJ, 2007, p. 186) (STJ, HC 152.162/SP, QUINTA TURMA, julgado em 25.10.2011, DJe 8.11.2011).

5. Ainda que tenham as instâncias ordinárias incorrido em impropriedade ao valorar de forma desfavorável, a título de maus antecedentes, processos ainda sem trânsito em julgado, tem-se que o aumento da pena-base implementado em razão daquela que extrapola as elementares do tipo, de 1 (um) ano, releva-se

proporcional e razoável.

6. No mais, “[j]ustificada e razoável a dosimetria utilizada pelo magistrado para fixar a pena-base, não se permite, em sede de habeas corpus, rever o conjunto probatório para examinar a justiça da exasperação (STJ, HC 58.493/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA, DJ de 24.9.2007).

7. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 193.124/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11.12.2012, DJe 17.12.2012)

2.3. Art. 92

O art. 92 está assim disposto:

Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 deste Lei: Pena – detenção de 2 (dois) a 4 (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 objeto é a modificação ou vantagem relativa a contrato celebrado com o Poder Público e o particular, sem autorização legal. A prorrogação dos contratos administrativos deve observar a previsão legal (art. 57 da Lei nº 8.666/93).

O sujeito ativo é o servidor público, na figura do *caput*, e o contratado, na modalidade prevista no parágrafo único. A conduta, basicamente, diz respeito a modificar ou prorrogar, sem autorização legal, contrato administrativo, ou ainda interferir na ordem cronológica dos pagamentos.

2.4. Art. 96

O art. 96 está assim descrito:

Art.96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

- III - entregando uma mercadoria por outra;
 - IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;
 - V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:
- Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Nesse tipo penal exige-se conduta fraudulenta e que cause prejuízo ao erário, por intermédio de atos descritos nos incisos (tipo misto alternativo), que podem dizer respeito ao procedimento licitatório (elevação arbitrária de preços) ou à execução do contrato (vender como verdadeira ou perfeita mercadoria falsificada ou deteriorada; entregar uma mercadoria por outra; alterar a substância, qualidade ou quantidade de mercadoria fornecida; tornar mais onerosa a proposta ou a execução do contrato, de forma injusta).

Nesse tipo, o sujeito ativo é o licitante e o tipo busca evitar prejuízo ao erário, seja em razão do preço ou em razão da qualidade ou quantidade das mercadorias fornecidas.

Note-se que embora haja certa semelhança com o tipo penal previsto no art. 90, tratam de delitos distintos, inclusive passíveis de condenação em concurso material. A esse respeito, confira-se a jurisprudência do STJ:

*RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL E PENAL. CRIMES LICITATÓRIOS NA ÁREA DA SAÚDE PÚBLICA, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E CORRUPÇÃO ATIVA. CONDENAÇÃO. PRELIMINARES. REUNIÃO DOS PROCESSOS. CONEXÃO (CPP, ART. 79). DESMEMBRAMENTO DOS FEITOS. FACULDADE. JUÍZO DE CONVENIÊNCIA DO MAGISTRADO (CPP, ART. 80). APLICABILIDADE AINDA QUE EM CRIME DE QUADRILHA. PRECEDENTES DO STF. PREJUÍZO EM RAZÃO DO INTERESSE NA PROVA PRODUZIDA PELOS DEMAIS ACUSADOS. RESPOSTA APRESENTADA PELO TRIBUNAL. MATÉRIA, CONTUDO, NÃO IMPUGNADA NO APELO NOBRE. QUESTÃO NÃO CONHECIDA. (...) **CONCURSO DOS CRIMES PREVISTOS NO ART. 90 E 96, INCISO I, DA LEI N. 8.666/93. ALEGADA OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. DESCONFIGURAÇÃO. TIPOS PENAIIS DISTINTOS. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO.***

Tratando-se de tipos penais totalmente distintos, é possível o concurso de crimes, pois o objeto, no tocante ao crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93, é a preservação do caráter competitivo do procedimento licitatório, enquanto que na figura penal do art. 96, inciso I, o delinquente, mediante fraude, atinge diretamente a licitação, elevando arbitrariamente os preços, em prejuízo da Fazenda Pública. (...)

(REsp 1315619/RJ, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 15.8.2013, DJe 30.8.2013)

3. FORMAS DE INVESTIGAÇÃO

Para finalizar essa breve incursão no tema dos crimes contra as licitações, cabe apontar, de forma clara e objetiva, algumas dicas simples para aperfeiçoar a investigação e persecução criminal de tais delitos, com base em investigações já realizadas pelo MPF e pela Polícia Federal. Tais orientações serão apontadas nas linhas abaixo.

Especialmente na investigação do crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93, é importante estar atento à documentação relativa aos procedimentos licitatórios, para identificar elementos indiciários de conluio entre os licitantes. Tais elementos podem ser:

- a. Certidões relativas à regularidade jurídica (cadastro no CNPJ) e fiscal (certidões negativas) emitidas em data semelhante ou sequencial pelas empresas licitantes, ou ainda certidões vencidas;
- b. Propostas de preços ou planilhas orçamentárias das empresas licitantes com muitas semelhanças do ponto de vista da formatação e/ou do preço em si; às vezes até erro de ortografia que “coincidentalmente” se repetem;
- c. Empresas que possuem os mesmos sócios e/ou o mesmo contador. Já surgiram casos em que uma empresa licitante pertencia ao marido e outra à esposa;
- d. Atas de julgamento de licitações sem assinaturas;
- e. Procedimentos licitatórios sem números de páginas ou erroneamente autuados;
- f. Empresa vencedora da licitação que apresentou documentação incompleta de habilitação e ainda assim adjudicou o objeto da licitação;
- g. Ausência de publicação do edital da licitação em Diário Oficial e jornais locais;
- h. Participação de empresas de “fachada” nas licitações. Para identificar empresas de fachada, é preciso diligenciar, no

sentido de procurar a sede da empresa, consultar registros na Previdência Social para verificar se a empresa possui empregados registrados ou até mesmo pedir a quebra de sigilo bancário para verificar se existe movimentação financeira. Também é importante verificar se o participante das licitações é o sócio ou um procurador que não faz parte do quadro societário da empresa.

Por vezes, o endereço de várias empresas de fachada, ou de seus sócios, é o mesmo. E isso também constitui um forte indício da maquinação criminoso.

Nesse mesmo sentido, é importante pesquisar em banco de dados de Portais de Transparência, TCU, TCE, entre outros, a respeito de licitações com as mesmas empresas, que se repetem, de forma suspeita. É também relevante solicitar os atos constitutivos das empresas às respectivas Juntas Comerciais, pois pode acontecer de a empresa participante de uma licitação adulterar o contrato social a fim de ocultar a presença na sociedade de algum sócio, ou incluir outro fraudulentamente.

A análise da movimentação financeira é de suma importância para identificar as fraudes em licitações e o desvio de recursos públicos. Normalmente, quando há conluio entre empresas, elas se acertam entre si para “lotear” determinado mercado, cabendo determinado “quinhão” a cada uma, ou acertam o repasse de valores a título de “comissão”.

Em determinada investigação, pela quebra de sigilo bancário, foi possível comprovar que a empresa vencedora de algumas licitações repassava os valores recebidos em razão de contratos celebrados com o Poder Público à empresa perdedora na licitação, com uma retenção de aproximadamente 10% dos valores recebidos. Daí infere-se que a empresa perdedora executou “de fato” o contrato enquanto que a ganhadora adquiriu a sua “comissão” e nada fez no plano real, realizando uma subempreitada integral ilícita.

Também é importante destacar que, em razão de os crimes contra as licitações serem punidos com pena de detenção, não é cabível a interceptação telefônica para investigação de tais delitos. É que a Lei nº 9.296/96 só admite a quebra do sigilo das comunicações telefônicas na persecução de crimes punidos com reclusão, a teor do art. 2º, III: “Art. 2º- Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: (...) III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção”.

Entretanto, muitas vezes, a prática de crimes contra as licitações vem acompanhada de outros como peculato (art. 312, CP), desvio de recursos públicos (art. 1º, I, Decreto-Lei nº 201/67), associação criminosa (art. 288, CP), lavagem de dinheiro (art. 1º, Lei nº 9.613/98) e crimes contra a ordem tributária (art. 1º, Lei nº 8.137/90). E tais delitos, por serem punidos com reclusão, admitem a interceptação telefônica.

Por fim, outro ponto importante nas investigações são as oitivas. Ouvir os representantes das empresas licitantes, os membros da comissão de licitação e o gestor, às vezes, é fundamental para desvendar a trama criminosa. Nesse particular, o oferecimento de proposta de colaboração premiada a alguns dos atores do crime pode ser essencial para que o agente desvele o *modus operandi* da conduta delitiva e facilite os trabalhos de investigação.

REFERÊNCIAS

FREITAS, André Guilherme Tavares. Crime na Lei de licitações. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. v.I. 6.ed. São Paulo: RT, 2012.