

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

CELSON CHARLES SCHULZ

**A PRESUNÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO NOS CRIMES LICITATÓRIOS E A
POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DO AGENTE A TÍTULO DE CULPA
Uma perspectiva à luz da Lei de Improbidade Administrativa**

**Santa Rosa
2017**

CELSON CHARLES SCHULZ

A PRESUNÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO NOS CRIMES LICITATÓRIOS E A
POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DO AGENTE A TÍTULO DE CULPA
Uma perspectiva à luz da Lei de Improbidade Administrativa

Monografia apresentado as Faculdades
Integradas Machado de Assis como
requisito parcial para obtenção de título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Tiago Neu Jardim.

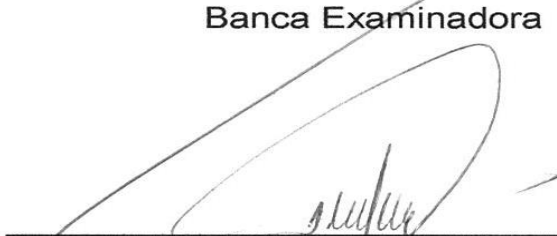
Santa Rosa
2017

CELSON CHARLES SCHULZ

A PRESUNÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO NOS CRIMES LICITATÓRIOS E A
POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DO AGENTE A TÍTULO DE CULPA
Uma perspectiva à luz da Lei de Improbidade Administrativa
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Monografia apresentado as Faculdades
Integradas Machado de Assis como
requisito parcial para obtenção de título
de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora



Prof. Ms. Tiago Neu Jardim – Orientador



Prof. Ms. Guilherme Guimarães de Freitas



Prof. Pós-Dr. Ricardo Hermany

Santa Rosa, 05 de julho de 2017.

DEDICATÓRIA

Dedico, em primeiro lugar a Deus esta conquista, pois sem ele eu não teria forças para cumprir essa longa jornada, dedico em especial o trabalho a minha esposa Dienifer que sempre me auxiliou em tudo, a minha Família, e aos meus colegas, e ao Professor MS Tiago Neu Jardim que me ajudou na criação e na conclusão da monografia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por me dar forças, inteligência, para me guiar nesta conquista, assim finalizando mais uma etapa de minha vida.

Agradeço em especial a minha esposa Dienifer, que sempre me apoiou, nos momentos difíceis ao longo destes anos, muito obrigado.

Também de igual forma agradeço a toda minha Família, aos Professores da Fundação Educacional Machado de Assis Fema, aos colegas, e em especial ao MS Tiago Neu Jardim pelos ensinamentos que me passou, muito obrigado.

“Nas favelas, no Senado, Sujeira pra todo
lado, Ninguém respeita a constituição.”
“Mas todos acreditam no futuro da nação.”

Autor: Renato Russo

RESUMO

O presente trabalho monográfico trata dos crimes licitatórios previsto no artigo 89 da Lei n. 8.666/1993. Lei esta a qual esta em grande evidência dentre as diferentes formas de entendimento jurisprudencial acerca da necessidade da comprovação do dolo do agente em causar prejuízo ao erário, como elemento subjetivo especial do tipo, e da efetiva necessidade deste dano para a configuração dos tipos penais. Com isso a problemática do trabalho objetivou-se em verificar se é necessário ou não comprovar o dolo e o efetivo prejuízo ao erário para configuração nos crimes em licitação e, por conseguinte verificar qual é o entendimento do STJ quanto ao dolo, se deve ser provado que o agente agiu de forma a lesar o patrimônio do erário. Ademais, no objetivo geral pretende discutir os entendimentos doutrinários e a atual divergência jurisprudencial, sobre o tema se o dano deve ser provado ou presumido nos crimes licitatórios e se o agente pode ser responsabilizado a titulo de culpa, levando em consideração a Lei de Improbidade Administrativa. O método de abordagem empregado neste estudo monográfico foi o indutivo. Na temática utilizada adotou-se a utilização de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial. Com isso, pretende-se analisar como esta se dando o entendimento do STJ ao julgar crimes referentes à Lei de Licitações verificando se o dolo é provado, ou seja, o ente público deve provar que foi agido de forma a lesar o erário. Neste passo também se estudará se a Lei de Improbidade Administrativa, por sua vez independe de provar a culpa do agente, pois o dolo é presumido. Por conseguinte pesquisar se as decisões do STJ referentes à improbidade administrativa por irregularidades em licitação pode ser um precedente para a responsabilização culposa dos crimes previstos na Lei de Licitações. Com isso, inicialmente foi abordado o dolo do agente como instrumento para a configuração dos crimes de licitação, após o entendimento sobre a necessidade de comprovação de efetivo prejuízo ao erário. Ainda, demonstraram-se as divergências jurisprudenciais acerca do crime previsto no art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa, a doutrina, e a jurisprudência referentes aos crimes cometidos por improbidade dos agentes públicos, por sua vez independe de provar a culpa do agente, pois o dolo é presumido ou deve ser provado. No ultimo capítulo foi analisadas as decisões do STJ referentes à improbidade administrativa por irregularidades em licitação, se estas podem ser um precedente para a responsabilização culposa do agente em crimes previstos na Lei de licitações, com uma visão à Lei de Improbidade Administrativa.

Palavras-chave: licitação; Agente Público; Improbidade Administrativa; Crime; Dolo; Prejuízo ao Erário.

ABSTRACT

The present monographic work deals with the bidding crimes provided for in the Article 89 of the Law n. 8.666/1993. This law is in great evidence among the different forms of jurisprudential understanding about the need of the deceit's proof of the agent in causing injury to the public treasury, as special subjective element of the type, and the effective need of this harm for the configuration of the criminal types. With this, it was aimed to verify if it is necessary or not to prove the deceit and the effective injury to the public treasury for the configuration in crimes in bidding and, therefore to verify what is the understanding of the STJ about the deceit, if must be proved that the agent acted in a way that could damage the patrimony of the public treasury. Moreover, pretends to discuss the doctrinal understandings and the current jurisprudential divergence, about the subject if the injury must be proved or presumed in the bidding crimes and if the agent must be considered guilty, taking into consideration the law of administrative improbity. The method of approach used in this monographic study was the inductive. The theme used adopted the use of bibliographic research, documentary research and jurisprudential. With this to analyze the way it is happening the understanding by the STJ when judging crimes related to the law of bidding verifying if the deceit is proved, in other words, the public entity must prove that been acted in a way that could injury the treasury. In this step, to study if the law of Administrative Improbity, in turn it does not depend to prove the blame of the agent, because the deceit is presumed. Therefore to research if the decisions of the STJ referring to administrative improbity due to irregularities in bidding can be a precedent to the wrongful liability of the crimes under the Law of Bidding. With this, it was initially approached the agent's deceit as an instrument for configuration of the bidding crimes, after the understanding about the need for proof of effective injury to the treasury. Therefore are shown the jurisprudential differences about the crime provided for in art. 10, of the Law of Administrative Improbity, the doctrine, and the jurisprudence referring to the crimes committed by improbity of the public agents, in turn it does not depend to prove the agent's guilt, because the deceit is presumed or must be proved. In the last chapter were analyzed the decisions of STJ referring to administrative improbity for irregularities in bidding, if these can be a precedent for the liability of guilt by the agent in crimes provided by law of bidding, with a vision to the Law of Administrative Improbity.

Key words: bidding; public agent; Administrative Improbity; crime; deceit; injury to the public treasury.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 A EXIGÊNCIA DO DOLO NOS CRIMES PREVISTO NA LEI DE LICITAÇÃO ...	11
1.1 ANÁLISE DO CRIME LICITATÓRIO, DO ARTIGO 89, NA LEI DE LICITAÇÕES E SUAS SANÇÕES.....	15
1.2 A PROVA DO DOLO NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	18
1.3 OS CRIMES LICITATÓRIOS E O ENTENDIMENTO DO STJ	21
2 A INEXIGÊNCIA DO DOLO NO ATOS DE IMPROBIDADE QUE CAUSEM PREJUÍZO AO ERÁRIO	24
2.1 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS PREVISÕES LEGAIS	25
2.2 AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS DE IMPROBIDADE E A CULPA DO AGENTE.....	28
2.3 A PRESUNÇÃO DE CULPA EM CRIMES LICITATÓRIOS PODE CONTRIBUIR PARA A PROBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	35
3 O STJ FRENTE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR IRREGULARIDADES EM LICITAÇÃO E A RESPONSABILIZAÇÃO CULPOSA DOS CRIMES PREVISTOS NA LEI DE LICITAÇÕES	37
3.1 AS INCOMPATIBILIDADES SOBRE A QUESTÃO DO DANO SE PROVADO OU PRESUMIDO	41
3.2 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO COM BASE NOS ARTIGOS 89 E 90 DA LEI DE LICITAÇÕES	43
3.3 DA EXIGÊNCIA DO DOLO NOS CRIMES DE LICITAÇÃO ANTE A PRESUNÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

No presente trabalho far-se-á uma abordagem dos atos administrativos que possam gerar uma ilicitude, tornando-se crimes licitatórios, visando verificar se a responsabilidade do gestor deve ser provada ou presumida. Assim a delimitação temática se dá com a necessidade de fazer uma análise no tocante ao dolo, este deve ser presumido, ou deve ser provado, nos crimes licitatórios.

O tema sege com o intuito de que se pretende analisar como esta se dando o entendimento do STJ ao julgar crimes referentes à Lei de Licitações verificando se o dolo é provado, ou seja, o ente público deve provar que foi agido de forma a lesar o erário. Dessa forma será desenvolvido, e, fundamentada a pesquisa em doutrinas, jurisprudência e legislação específica.

A do trabalho se dá com a seguinte indagação se a presunção do prejuízo ao erário em atos de improbidade administrativa envolvendo fraudes em licitação permite a responsabilização do gestor a título de culpa nos crimes previstos no art. 89 da Lei nº 8.666/93?

Tendo como metodologia seguida no trabalho de conclusão, a pesquisa teórica empírica, os fins explicativos do trabalho no sentido de demonstrar ao leitor a importância do tema para a sociedade, tendo como método o indutivo, o procedimento histórico comparativo, o tratamento dos dados qualitativo, e a coleta dos dados por documentação indireta bibliografia, legislação, jurisprudência.

Este trabalho de conclusão de curso trata dos crimes licitatórios no âmbito do Direito Administrativo, bem como da possibilidade de condenação do Gestor em crimes dessa natureza a título de culpa, dada à presunção de prejuízo ao erário deduzido do ato de Improbidade Administrativa e reconhecido por reiterados precedentes do STJ. Em análise aos julgados do STJ, nos torna mais clara à delimitação do presente trabalho de conclusão de curso, pois pode se fazer uma análise no tocante ao conceito do dolo, se este deve ser presumido, ou deve ser provado, nos crimes licitatórios.

Ademais será analisado como esta se dando o entendimento do STJ ao julgar crimes referentes à Lei de Licitações verificando se o dolo é provado, ou seja, o ente público deve provar que o funcionário público agiu de forma a lesar o erário, bem como verificar se a Lei de Improbidade Administrativa, por sua vez independe de provar a culpa do agente, pois o dolo é presumido. Por fim observar se as decisões do STJ referentes à improbidade administrativa por irregularidades em licitação podem ser um precedente para outros julgados dos crimes previstos na Lei de Licitações.

Dessa forma far-se-á uma análise a qual se deve entender que o conceito de dano é o mesmo por si só, tanto em se falando de Lei de Licitações quanto em Lei de Improbidade Administrativa. Considerando que os atos envolvendo fraudes em licitações são matérias comuns aos crimes previstos no art. 89 da Lei nº 8.666/93 e aos Atos de Improbidade Administrativas previstos na Lei nº 8.429/92, e que o STJ, em reiteradas decisões, admite, neste último caso, a presunção de prejuízo ao erário em infrações dessa natureza, pergunta-se:

A presunção do prejuízo ao erário em atos de improbidade administrativa envolvendo fraudes em licitação permite a responsabilização do gestor a título de culpa nos crimes previstos no art. 89 da Lei nº 8.666/93? Desta forma passa-se então ao desenvolvimento do presente trabalho de monografia, para que o leitor tenha um perfeito entendimento do desenvolvimento do trabalho que irá se iniciar com o tema dos crimes em licitação qual entendimento do STJ quanto ao dolo se este deve ser provado que o agente agiu de forma a lesar o patrimônio do erário?

1 A EXIGÊNCIA DO DOLO NOS CRIMES PREVISTOS NA LEI DE LICITAÇÃO

Os crimes contra a administração pública recebem amparo legal na Lei de Licitações nº 8.666/93, a partir do título XI, a qual regulamenta as licitações e contratos públicos, tanto para a União, Estados, Municípios, autarquias e todo e qualquer ente público, que deve quando necessitar realizar alguma obra ou serviço de qualquer natureza submeter-se a um processo licitatório, salvo se for caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Assim, tendo em vista o art. 89 da Lei de Licitações, que dispõe que dispensar ou inexigir licitação não observando as hipóteses previstas em Lei, ou deixar de seguir as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, pena prevista, detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa (BRASIL, 1993). Dessa forma quem porventura vier a incorrer na mesma prática ou concorreu para com a mesma ilegalidade será, na mesma pena enquadrado.

Os crimes de licitação estão previstos na seção III dos crimes e das penas, nos artigos 89 a 98 da Lei nº 8.666/93 e o art. 99 que a eles é correlato. Assim, quando a pessoa que detém poderes, estes delegados a ele pela administração pública, se dispensar ou inexigir ¹ o processo licitatório, o agente administrativo incorre nestas hipóteses de crime, ficando sujeito às penalidades cabíveis.

A Lei 8.666/93 em seus artigos 89 a 98 prevê os tipos penais que se enquadram em crimes de licitação pública, estes são infrações penais que tem como sujeitos ativos os licitantes, servidores públicos e qualquer outra pessoa a eles ligada.

Artº89 da Lei 8.666/93 dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em Lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade: pena detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Paragrafo único: incorre na mesma pena que se Beneficiar ou concorrer para a consumação. (BRASIL, 1993)

É de suma importância ressaltar que, a licitação é de modo geral obrigatória. Com isso é de regra aplicada para todos os entes públicos, nos casos em que queiram contratar alguma obra, serviço, alimentos, medicamentos, e locações com

¹ Os crimes, do artigo 89 ao 98 não são, todos direcionados à dispensa ou a inexigibilidade de licitação.

terceiros. Existem duas excludentes de obrigatoriedade de se fazer a licitação pública a primeira é a dispensa e a segunda é a inexigibilidade.

O primeiro caso da dispensa se pode constatar quando o ente público, por interesse devidamente justificado formaliza o porquê de não ser realizada a licitação. Assim esta tem sua previsão legal na Lei de Licitações 8666/99, no Art.º 24. A inexigibilidade já parte da premissa que, quando não existir possibilidade de competição, então irá incorrer na modalidade de inexigir que se faça a licitação, ou seja, o Município ou ente público não precisará realizar o procedimento licitatório.

Assim a inexigibilidade também tem sua base legal exposta na Lei de Licitações, porém, com isso torna-se oportuno ressaltar que, quando o ente público dispensar ou inexigir fora das hipóteses previstas em Lei, este poderá estar não cumprindo com as formalidades ou hipóteses de excludente de licitação, vai incorrer em crime licitatório.

A licitação pode ser interpretada como procedimento administrativo pelo qual o ente público atribuído de deveres está juridicamente obrigado a selecionar, por razões que de forma criteriosa, objetivos previamente estabelecidos, para que se existirem interessados no procedimento licitatório, estes cumprindo com todos os requisitos necessários para ser habilitado no procedimento licitatório, possam participar do certame, e a melhor proposta que vencedora do certame em regra será que irá contratar com o ente público. (BITTAR, 2014)

O direito administrativo, ramo do direito público, pode ser definido, conforme as palavras dos autores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, como:

[...] conjunto de regras e princípios aplicáveis à estruturação e ao funcionamento das pessoas e órgãos integrantes da administração pública, as relações entre esta e seus agentes, ao exercício da função administrativa, especialmente as relações com os administrados, e a gestão dos bens públicos, tendo em conta a finalidade geral de bem atender ao interesse público. (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p.03).

A licitação tem finalidades, de regra são duas. Em primeiro lugar proporcionar a obtenção de uma melhor proposta ou mais vantajosa, em segundo lugar, dar igual oportunidade aos que desejam contratar com os entes públicos, ainda na primeira opção, esta finalidade pode ser frustrada, por vício jurídico, ou por insatisfação das propostas, em outro nome se denomina de licitação fracassada. (EDUARDO BITTAR, 2014)

Nessa primeira finalidade existe ainda o caso de fracassar uma licitação pelo fato que, quando do chamamento à licitação ninguém se fizer interessado, ou seja, ninguém se fizer presente no certame, esta será então denominada pela doutrina como sendo uma licitação deserta. (EDUARDO BITTAR, 2014)

As compras sempre que possível devem atentar para o princípio da padronização, adoção de um modelo, assim devendo sempre a entidade pública primar por observar regras básicas de padronização nos casos de licitação, podendo satisfazer as necessidades das atividades que estão o seu cargo. Com isso a padronização deve ser objeto de um completo e competente processo administrativo, para que seja com isso aberto e instruído com toda a transparência possível e conduzido por uma comissão de alto nível, chamada de comissão de padronização. (EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, 2008)

As pessoas públicas e suas subsidiárias, devem obrigatoriamente licitar tudo o que se tornar necessário, ser adquirido para o ente público, assim obtendo de mais de um ofertante, a mercadoria de forma a ser a proposta de menor valor para o ente público. Deve ser em tese escolhido por proposta mais vantajosa, com isso se fazendo ser uma licitação que tem sentidos como lógico, prático, jurídico, na presença de vários interessados na realização de um dado negócio com a entidade obrigada a licitar. (EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, 2008)

Na área administrativa, se o convocado, ou concorrente descumprir o contrato, pode ser imposta multa, advertência, suspensão temporária de participação em licitações ou declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, ou seja, a empresa esta em desacordo com o que prevê a Lei de Licitações públicas 8666/93. Devendo então a empresa privada se adequar com os moldes da licitação, ou seja, colocar toda sua documentação em dia para poder voltar a licitar com o ente público. (BRASIL, 1993)

Na área criminal, a Lei estabeleceu que em relação aos participantes e os agentes públicos, vários tipos penais se mostram claros, tais como, fraudar as licitações, dispensar as licitações fora das hipóteses previstas no ordenamento, impedir ou perturbar qualquer ato de licitação, devassar o sigilo da proposta, e ainda contratar com empresa declarada inidônea. Estes tipos penais podem ter penas variadas de seis meses a seis anos e multa, dependendo do caso.

Dessa forma, a previsão do art. 76 ² da Lei de Licitações, versa sobre a verificação da obra, é de total responsabilidade do ente público, fazer a verificação da obra, serviço, fornecimento, pelo fato que, pode rejeitar em todo ou em parte, assim não deve a administração em hipótese alguma receber um objeto que não está de acordo com o que fora ajustado no contrato feito com a empresa, mediante licitação.

Assim esta parte do processo deve ser levada muito em consideração, tendo em vista que quando se dá a execução, a entrega, da obra ou serviço é a hora do órgão fiscalizador fazer a sua parte, uma vez que é neste momento que ocorrem na maioria das vezes, as fraudes à licitação. Com isso é nessa fase da licitação que poderão se concretizar os atos criminosos do agente público, pois uma vez que não faça a conferência de forma correta da obra, da mercadoria, ou do serviço, a ser desenvolvido pelo contratado, o agente administrativo que porventura receber uma prestação defeituosa, ou não fiscalizar de forma correta, estará cometendo o ato de improbidade e sofrerá as sanções cabíveis.

Dessa forma para que o leitor tenha um melhor entendimento das hipóteses que podem ser excludentes de licitação, em seguida está demonstrado um quadro comparativo. Este quadro demonstra o rol quanto a dispensa, inexigência, de procedimento licitatório.

Dispensada	Dispensável	Inexigível
Art. 17	Art. 24	Art. 25
Rol taxativo	Rol taxativo	Rol exemplificativo
A Lei determina a não realização da licitação, obrigando a contratação direta.	A Lei autoriza a não realização da licitação. Mesmo sendo dispensável, a Administração pode decidir realizar a licitação (discricionariedade).	Como a licitação é uma disputa, é indispensável que haja pluralidade de objetos e pluralidade de ofertantes para que ela possa ocorrer. Assim, a Lei prevê alguns casos em que a inexigibilidade se verifica porque há impossibilidade jurídica de competição.
Ex.: alienação de bens imóveis provenientes de dação em pagamento.	Ex.: compras de até R\$ 8 mil.	Ex.: contratação de artista consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública para fazer o show do aniversário da cidade.

² Art. 76. A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato. (BRASIL, 1993)

Dessa forma passa-se agora ao estudo do dolo, a fim de verificar se este deverá ser provado. Assim, com a verificação e a análise ao art. 10, VIII da Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92, que trata exatamente da dispensa indevida de licitação, o prejuízo ao erário passa a ser presumido, ou seja, independe da demonstração de dolo ou culpa. Com isso, entende-se que, existe uma divergência no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é de que o crime do art. 89 da Lei 8666/93, somente é possível quando produzir resultado danoso ao erário?

No presente capítulo observou-se o quanto é importante para a administração pública à realização da licitação, podendo ela em hipóteses ser dispensada ou inexigida. Já no próximo capítulo será verificada a definição de como devem ser analisados os crimes licitatórios e suas sanções, estabelecendo assim os parâmetros legais para que sejam seguidas as formalidades da Lei de Licitações e suas diretrizes.

1.1 ANÁLISES DO CRIME LICITATÓRIO, DO ARTIGO 89, NA LEI DE LICITAÇÕES, E SUAS SANÇÕES.

Em análise ao art. 89 da Lei de Licitações, podem-se verificar dois tipos distintos de crime. No primeiro caso que esta no *caput* do artigo a conduta é somente exercida pelo agente do estado que esta encarregado de verificar as observâncias ou não das licitações. Ainda neste passo, existe o caso do parágrafo único caso que se abstém, ao terceiro envolvido, que possa ter concorrido ou se beneficiado da contratação direta indevidamente praticada. (JUSTEN FILHO, 2009)

Em se falando do crime previsto no primeiro exemplo, pode se fazer uma análise no seguinte sentido, tendo em vista que este crime que trata o *caput* do art. 89, em que é exclusivamente de responsabilidade pela prática é do agente público, este devidamente integrante da Administração Pública. Assim verifica-se que este tipo de crime, exige para sua realização com “êxito”, o sujeito ativo, ou seja, este é o servidor público ³.

³ Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.(BRASIL, 1993)

Para Marçal Justen Filho, o tipo criminoso exige a atuação de servidor público, pois a decisão de efetivar a contratação direta incumbe exclusivamente ao agente da Administração Pública. Assim serão punidos todos os servidores públicos, que emitirem parecer favorável em contratações diretas, em que não tenham devidamente verificado todas as formalidades que devem ser seguidas, para não incorrer em crime licitatório. (JUSTEN FILHO, 2009)

Nestas mesmas penas previstas no *caput* do art. 89 também se enquadram aqueles que simularem de modo fraudulento, a existência da presença dos requisitos necessários na contratação direta. Neste passo, esta ausência de formalidades somente será punível, quando verificado um resultado danoso ao erário, neste sentido é o entendimento do STF:

“O crime tipificado no artigo 89 da Lei n. 8.666/93 só configura se ocorrer seu antecedente lógico, isto é, o ilícito administrativo – que no caso concreto inexistiu.” (AP n° 348-5/SC, Plenário, rel. Min. Eros Grau, j.em 15.12.2006, DJ de 03.08.2007).

Para Marçal Justen Filho, não se aperfeiçoa o crime do art. 89 sem dano aos cofres públicos. Ou seja, o crime consiste não apenas na indevida contratação indireta, mas na produção de um resultado final danoso. (JUSTEN FILHO, 2009)

Se a contratação direta, ainda que indevidamente adotada, gerou um contrato vantajoso para a Administração, não existirá crime. Não se pune a mera conduta, ainda que reprovável, de deixar de adotar a licitação. O que se pune é a instrumentalização da contratação direta para gerar lesão patrimonial à Administração. (JUSTEN FILHO, 2009)

Desta forma é o entendimento do STJ, nas questões que envolvem crimes contra o patrimônio público:

“O entendimento dominante no Supremo Tribunal de Justiça é no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666/93, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário.” (APN n° 375, corte especial, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 05.04.2006, DJ de 24.04.2006).

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

§ 2^º A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.

Assim, o dolo em conjunto com a prática maliciosa de deixar de formalizar a licitação, pois se o legislador admitisse a forma culposa, bastaria somente à tipificação do *caput* do artigo, porém como abordado o elemento subjetivo é que o agente além da contratação direta vise obter um resulta diverso, e este efetivamente reprovável e grave. Para isto então deve se fazer presente o elemento subjetivo, o qual consiste em produção de um prejuízo ao erário por meio de contratação direta, qual seja que não houve as devidas hipóteses respeitadas para viabilização do procedimento licitatório.

O art. 89, da Lei 8666/93, traz para o leitor uma visão de crime licitatório “duplo”, um deles está previsto no *caput* do próprio art. 89, o qual dispõe que para que se materialize o crime deve existir uma pessoa que estará investida de poderes a ela delegados, os quais lhe possibilitem o poder de contratar com particulares, porém se o fizer de forma a não cumprir com as hipóteses que devem ser respeitadas, estará lesando o erário público.

De outro lado, existe o parágrafo único do art. 89 da Lei 8.666/93, o qual nos demonstra o envolvimento de um terceiro, que irá se beneficiar da contratação direta. Este último caso, pode ser tratado de tipo objetivo do crime, pois ao se beneficiar, concorrer para a consumação da contratação direta, assim materializando o tipo objetivo do crime. Deve-se verificar para a concretização da ilegalidade do previsto no parágrafo único do art. 89 o elemento subjetivo, qual seja a vontade de se beneficiar da dispensa da licitação e além é claro do dano ao erário, tornando assim possível a punição do particular envolvido no crime licitatório.

Com isso este subtítulo do trabalho foi muito oportuno, pois propiciou analisar o art. 89, da Lei de Licitações, e as devidas punições que devem ser estabelecidas aos agentes públicos e os terceiros que estão envolvidos no crime, estes em conjunto trabalhando de forma a se concretizar o elemento subjetivo, qual seja, a vontade de se beneficiar da dispensa ou inexigibilidade da licitação. Por conseguinte torna-se propícia a verificação no âmbito do direito administrativo se o dolo em crimes licitatórios deve ser provado.

1.2 A PROVA DO DOLO NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.

Para uma maior compreensão do leitor far-se-á um aprofundamento da matéria com o intuito de refletir sobre como devem ser as hipóteses de contratação direta através de dispensa de licitação. Está previsto no art. 24 da Lei de Licitações a dispensa de licitação, suas características são que em situações que, existir a possibilidade de competição, porém com diversos fatores a licitação se torne inconveniente com os valores que são norteadores da administração pública. Desta forma tornando impossível a competição.

Nesse sentido, Marçal esclarece:

[...] toda licitação envolve uma relação de custos e benefícios, havendo custos econômicos propriamente ditos derivados dos cumprimentos dos atos materiais da licitação (publicação pela imprensa, realização de testes laboratoriais, etc.) e da alocação de pessoal. Há custos de tempo referentes à demora, para desenvolvimento para atos da licitação. Podem existir outras espécies de custos, a serem examinadas caso a caso. Em contrapartida, a licitação produz benefícios à administração. Esses benefícios consistem em que a administração efetivará (em tese) contratação mais vantajosa do que realizaria se a licitação tivesse existido. Muitas vezes, sabe-se de antemão que a relação custo benefícios será desequilibrada. Os custos necessários à licitação ultrapassarão benefícios que dela poderão advir, logo o procedimento licitatório acarretará o sacrifício dos interesses coletivos e supra individuais. Impõem-se a contratação direta porque a licitação é dispensável. (JUSTEN FILHO, 2009)

Dessa forma devem se seguir as formalidades estabelecidas em Lei, não se permite que o agente público use de artimanhas para beneficiar um terceiro, fazendo assim dispensar a licitação quando não o poderia fazer. Assim Marçal Justen Filho esclarece as hipóteses de dispensa de licitação segundo o ângulo de manifestação de desequilíbrio da relação custo/benefício, do seguinte modo: custo econômico da licitação; custo temporal da licitação; ausência de potencialidade de benefício; e de função extra-econômica da contratação. (JUSTEN FILHO, 2009)

A Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*, e no art. 3º da Lei nº 8.666/93, trazem para a análise o princípio da impessoalidade, o qual versa que à Administração não é dado tratar os cidadãos com discriminações ou preferências em razão da pessoa, individualmente considerada. Com isso a administração não pode atuar com a intenção de prejudicar ou beneficiar pessoas, é o interesse público que

deve nortear o seu comportamento e não as preferências pessoais dos agentes públicos no exercício de suas funções administrativas.

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). (BRASIL, 1988)

Nesse passo os atos e provimentos administrativos prolatados são imputáveis não ao agente que os realiza, mas sim, ao órgão ou entidade da Administração Pública ao qual representa o agente. Assim entende-se que este princípio é primordial para alcançar os objetivos da licitação, por existir vedação de distinções de caráter pessoal dos interessados, com a intenção de, através de um julgamento objetivo, obter a proposta mais vantajosa para a administração. Assim, tal comportamento exclui, em definitivo, qualquer tratamento desigual, evitado de subjetivismo do administrador, evitando favorecimento pessoal, fundado em interesse individual e não em interesse público. (JUSTEN FILHO, 2009)

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, 1993)

Dessa forma passando agora ao estudo do dolo, se deve ser provado. Assim, com a verificação e a análise ao art. 10, VIII da Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92, que trata exatamente da dispensa indevida de licitação, o prejuízo ao erário passa a ser presumido, ou seja, independe da demonstração de dolo ou culpa. Com isso, entende-se que, existe uma divergência no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, e de que o crime do art. 89 da Lei 8666/93, somente é possível quando produzir resultado danoso ao erário.

Ademais, insta mencionar que, o dano tem o mesmo conceito sendo aplicado na Lei de Licitações, e na Lei de Improbidade Administrativa, assim existindo uma dualidade de entendimentos, nas decisões do STJ, envolvendo a improbidade administrativa, o dano ao erário é presumido, e o mesmo tribunal entende que em se tratando de crime licitatório com base no art. 89, da Lei de Licitações, o dolo deverá ser provado. Assim existindo então na mesma corte superior, ideias diversas sobre a matéria.

Com base nestes entendimentos diversos do STJ, vislumbra-se que, para ser possível a responsabilização dos agentes, esta fase, faz-se a mais complicada do procedimento, pois o Tribunal julga que não é presumida a culpa do agente, propiciando assim a análise de que, o agente não poderia ser responsabilizado a título de culpa. Assim passamos a verificação de como é o entendimento acerca da necessidade de comprovação de efetivo prejuízo ao erário.

Entende-se que, quanto à necessidade de existir efetivo prejuízo aos cofres públicos para ser caracterizado o crime previsto no art. 89, caput, da Lei n. 8.666/1993, expressam-se vários autores. Dessa forma ao se tratar de crime de perigo abstrato ⁴, entretanto não se questiona se o contrato vai trazer ou trouxe algum prejuízo ao erário ou à Administração pública.

Na doutrina da estimada professora Odete Medauar, é esclarecida que no tocante ao gestor público o mesmo deve seguir as regras que a Lei lhe estabelece, normas de finanças públicas voltadas à responsabilidade fiscal do agente público. A Lei Complementar 101, de 04.05.2001, supramencionada, esta é de forma geral totalmente condicionada, pois visa o equilíbrio das contas da União, Estados, Municípios, determinando assim ações planejadas por parte da administração pública, isto sempre de forma transparente, para que com isso previna desvios, entre resultados e receitas e despesas do ente público.

O contrato pode, de fato, ser necessário e mesmo conter termos apropriados e condizentes com os padrões do mercado. Contudo, se a contratação não preencher nenhuma das condições previstas em Lei para a dispensa ou inexigibilidade de licitação, o crime caracteriza-se, por si só, pela não realização do certame, que, por si só, causa prejuízo à competição, independente de resultar em dano ao erário, pois, nesta situação, há o risco de efetivo prejuízo ao Poder Público.

⁴ Crimes de perigo abstrato são aqueles que não exigem a lesão de um bem jurídico ou a colocação deste bem em risco real e concreto. São tipos penais que descrevem apenas um comportamento, uma conduta, sem apontar um resultado específico como elemento expresso do injusto.

Neste sentido, Vicente Greco Filho (2007).

[...] destaca que seria caso de crime de perigo abstrato, ou seja, não se indaga se o contrato celebrado ou a ser celebrado com a Administração venha a causar-lhe prejuízo. O contrato pode ser necessário e adequado. A incriminação está na dispensa ou inexigibilidade de licitação, independentemente de prejuízo. O prejuízo concreto à Administração, que consistiria no superfaturamento do serviço, pode ocorrer e enseja adicional sanção civil, prevista no art. 25, §2º. (VICENTE GRECO FILHO, 2007, p. 60-61)

Assim, outros doutrinadores também falam neste sentido. Paulo José da Costa Júnior (1994) afirma que “o crime é de perigo abstrato. Para aperfeiçoar-se, não se faz necessário que a Administração Pública venha a padecer algum prejuízo concreto”.

Diógenes Gasparini (2008)

[...] também reporta que se cuida de crime de perigo abstrato, pois não se questiona sobre eventual prejuízo sofrido pela Administração Pública em função do contrato celebrado ou a ser ajustado. O autor destaca, ainda, que “o que se quer genericamente proteger é a moralidade administrativa, a lisura nas licitações”. Especificamente, o dispositivo visa impedir que as hipóteses de dispensa e inexigibilidade fossem alargadas (DIÓGENES GASPARINI, 2008, p. 95-96).

Com isso, destacando que existem divergências no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no tocante ao dano ao erário, o qual somente é possível quando produzir resultado danoso ao erário. Dessa forma então surge para o leitor a figura do crime de responsabilidade, o qual se configura quando são descumpridas as exigências que estão pré-estabelecidas na norma em forma de Lei Complementar. Por fim passando agora aos crimes propriamente ditos nas licitações e o entendimento do STJ, nos processos correlacionados aos crimes licitatórios.

1.3 OS CRIMES LICITATÓRIOS E O ENTENDIMENTO DO STJ

Como forma de ilustração, a fim de delimitar com clareza qual seja o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do tipo penal tratado no artigo 90 da Lei nº 8.666/93, insta mencionar que o conjunto probatório nestes casos deve ser muito bem demonstrado, pois o dolo deverá ser provado, em não sendo ocasionará na absolvição do réu, conforme descrito no julgado abaixo:

“LICITAÇÃO - Réus acusados de fraudar procedimento licitatório - Fragilidade probatória, conduzindo à absolvição por falta de provas - Ausência de dolo específico dos agentes - Absolvição corretamente decretada - Recurso ministerial improvido. (Ap. 0006121-83.2009.8.26.0081, TJ, 15ª Cam. Crim., Rel. Ribeiro dos Santos, j. 28.02.2013)”.

Com isso, surge para o estudo em voga, o artigo 34 da Lei 8666/93, qual prevê que os órgãos da Administração Pública que realizem licitações manterão registros cadastrais para efeito de habilitação dos concorrentes. Assim deverá então ser amplamente divulgado e permanecer aberto aos interessados, o citado registro cadastral. Estes parâmetros se ampliam do artigo 34 até o artigo 37, da Lei de Licitações, e têm como garantia a regularidade e eficiência da Administração na hora de contratar.

Dessa forma é que o tipo penal do artigo 98 da Lei 8666/93, pune quem obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito. A pena cominada é a de detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

O Superior Tribunal de Justiça entende que o crime do art. 89 da Lei 8.666, de 1993, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário. Conforme o STJ, somente existirá o crime do art. 89 da Lei n.º 8.666/93 se o Ministério Público conseguir provar que tenha havido resultado danoso (dano ao erário) com a conduta do agente. Trata-se, portanto, de crime material (aquele que, para consumação, exige a ocorrência de resultado naturalístico). (Apn 214/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 07/05/2008).

As ações criminais, que envolvem o cometimento de crimes previstos na Lei de Licitações, exigem, para a configuração do delito, a evidenciação do dolo específico e do dano ao erário, para que consubstanciem a justa causa para a condenação penal. (APn 330/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 03/10/2007).

Contudo, em outra decisão o STJ, tratando de casos de fracionamento de compras e contratações com o objetivo de se dispensar ilegalmente o procedimento licitatório o prejuízo ao erário é considerado presumido (*in re ipsa*), na medida em

que o Poder Público, por força da conduta ímproba do administrador, deixa de contratar a melhor proposta, o que gera prejuízos aos cofres públicos. (STJ. 2ª Turma. REsp 1280321/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 06/03/2012).

Concluindo, então que, nas decisões envolvendo o crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93, o resultado danoso deve ser provado, porém nas decisões do STJ envolvendo improbidade administrativa decorrentes de infrações cometidas em licitação, o prejuízo ao erário é presumido. Isso leva a uma análise que se deve entender que o conceito de dano é o mesmo por si só, tanto em se falando de Lei de Licitações quanto em Lei de Improbidade Administrativa. Por outro lado, é possível encontrar na doutrina vários questionamentos em contrário a referido entendimento, por interpretar que o dolo específico e o prejuízo ao erário seriam elementos do tipo do art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993.

Dessa forma, Luiz Flávio Gomes (2010) acende sua sustentação no sentido que, a contratação por meio de dispensa/inexigibilidade indevida de licitação é formalmente típica, mas não apresenta tipicidade material se não resultar em dano aos cofres públicos. Salieta o autor que o bem jurídico primeiramente tutelado pelo art. 89 da Lei n. 8.666/1993 é o erário e, deste modo, embora no *caput* do art. 89 não se encontre uma referência expressa a resultado naturalístico, somente nos casos em que haja efetiva lesão ao bem jurídico tutelado é que se poderá presumir a prática delituosa.

No seu entender, mesmo em casos de crimes formais ou de mera conduta, para que se tenha um fato típico, não é suficiente a realização formal dos dados típicos, sendo imprescindível o conjunto de tipicidade formal, tipicidade material e tipicidade subjetiva. Luiz Flávio Gomes (2010) assim afirma que:

[...] quando a conduta realiza formalmente o tipo penal (caso do art. 89, *caput*), mas não produz nenhum resultado jurídico desvalioso, não há de se falar em lesão ao bem jurídico (LUIZ FLÁVOI GOMES, 2010, p. 5).

Dessa forma entende-se que em uma análise mais conclusa, que o conceito de dano é o mesmo por si só, tanto em se falando de Lei de Licitações quanto em Lei de Improbidade Administrativa. Dessa forma, tornando agora ao leitor possível passar a verificar sobre o tema do entendimento da Lei de Improbidade

Administrativa, e sua conceituação sobre o tema em voga, ou seja, se nos crimes envolvendo a improbidade do agente público independe de ser provada a culpa do agente, pelo fato de o dolo ser presumido.

2 A INEXIGÊNCIA DO DOLO NO ATOS DE IMPROBIDADE QUE CAUSEM PREJUÍZO AO ERÁRIO

O prejuízo efetivo ao Erário é considerado como requisito para configuração do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. Dessa forma, Marcella Oliveira Melloni de Farias ressalta que, para que se configure a conduta de improbidade são necessários que se verifiquem os aspectos, os quais são sem dúvidas indispensáveis para que as condutas sejam consideradas válidas, assim estão previstos na Lei 8.429/92, quais sejam, má-fé, desonestidade, devassidão no ato praticado.

Assim, de forma geral, é o interprete que deverá analisar cada caso, e se verificar que existem demonstrados os casos de má-fé, desonestidade, os quais se enquadram na forma da Lei no ato praticado pelo agente público, ou se se trata apenas de uma mera irregularidade formal ou ainda uma mera ilegalidade administrativa sem qualquer tipo de motivação que configure a improbidade administrativa do agente. Dessa forma o agente não terá responsabilidade se não for provado nada contra ele.

Portanto, deve-se fazer a verificação qual seja que a responsabilização dos administradores que são “desastrados” ou aqueles que são inábeis, por vezes não devem ser generalizados os casos assim as condutas irregulares e ilegais não devem ser consideradas todas como ímprobas. Estes atos como já mencionados devem ser considerados e verificados de forma a que se o agente não tem culpa isto não deve prejudica-lo, tendo em vista que uma vez, a ação civil de responsabilização por ato de improbidade pode gerar um processo que por vezes pode gerar graves consequências ao agente público que for condenado, podendo lhe gerar penas na esfera política, administrativa e ainda civil.

Nesse passo, agora, levando em consideração o art. 10 da Lei de Improbidade, para que se configure e que seja possível a condenação por ato de

improbidade do agente administrativo às penas previstas no art. 12, inciso II, deve ser constatado o real prejuízo financeiro efetivo ao Erário. Estas lesões ao ente público devem ser consideradas dano econômico financeiro direto, e sem que se prove a apropriação, o desvio, a perda de patrimônio do ente público, malbaratamento, dilapidação do patrimônio público, não se verifica esse tipo de improbidade, por isso da mesma forma não cabe qualquer tipo de ação de reparação de danos ao Erário.

Dessa forma, tanto o dano moral quanto o prejuízo presumido, não servem para que se caracterizem os atos ímprobos, neste sentido ressalta Marino Pazzaglini Filho, 2011:

[...] “além da ilegalidade, é requisito de sua configuração a ocorrência de efetivo dano material aos cofres públicos. Nem o prejuízo presumido nem o dano moral servem para sua caracterização. Pelo contrário, sem a prova da perda patrimonial certa não se verifica esse tipo de improbidade administrativa, restando ao autor da ação civil respectiva responsabilizar o agente público, desde que comprove que sua conduta funcional antijurídica, com a índole de má-fé, infringiu os princípios constitucionais reguladores da Administração Pública, por violação do art. 11 da LIA.” (MARIANO PAZZAGLINI FILHO, p. 64).

Assim para concluir verificou-se que os administradores que são “desastrados” ou aqueles que são inábeis, a responsabilização deste, não deve ser generalizado para todos os casos, devendo assim as condutas irregulares e ilegais não ser consideradas todas como ímprobos, pois tal generalização poderá causar danos irreparáveis aos agentes públicos que porventura vierem a ser responsabilizados por conta de serem inábeis ou desatentos. Passando assim, o ente público a verificar cada caso em concreto separadamente, tornando mais difícil a ocorrência de erros nas responsabilizações, por conseguinte insta mencionar o tema a ser abordado, qual seja as previsões legais da Lei de Improbidade Administrativa, o que nós possibilitará a melhor análise da letra da Lei.

2.1 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS PREVISÕES LEGAIS.

A Lei de Improbidade Administrativa dispõe as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato,

cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.⁵

⁵ I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência).

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregada ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;

XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

Nesse sentido Alexandre de Moraes 2007:

[...] 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. (ALEXANDRE DE MORAES, 2007).

Com este apanhado geral das previsões legais da Lei de Improbidade Administrativa, o doutrinador Alexandre de Moraes, em sua obra Direito Constitucional Administrativo, tem o seguinte entendimento acerca de conceituar a Improbidade Administrativa:

[...] o combate específico à improbidade administrativa, no campo civil, foi marcado com o decreto-lei federal 3.240, de 8 de maio de 1941, o qual previa o sequestro e a perda dos bens de autores de crimes que resultassem prejuízo a Fazenda Pública, desde que resultasse locupletamento ilícito, e subsidiariamente a reparação civil do dano e a incorporação ao patrimônio público de bens de aquisição ilegítimas de pessoas que exercesse ou tivesse exercido função pública. (ALEXANDRE DE MORAES, 2007)

Nesse passo, na época tornou-se, oportuno a criação de duas Leis. Estas foram criadas para melhor regulamentar a questão que versavam sobre o sequestro dos bens supracitados, uma delas é conhecida como (Lei Pitombo-Godói), Lei n-º 3.164/57 em um primeiro momento este tema era tratado pela constituinte federal de 1946, em seu art.141,§3-º, a segunda lei que fora criada combatia o enriquecimento ilícito era conhecida como (Lei Bilac Pinto), editada pelo Congresso Nacional. (ALEXANDRE DE MORAES, 2007).

Mais adiante a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37,§ 4-º, determina as sanções para aqueles gestores públicos que incorrerem em ato ímprobo. A suspensão de direitos políticos; a perda da função pública; a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, isto na forma da Lei, podendo ainda ser punido na esfera penal cabível. Em conformidade ao entendimento do STJ- 1-ªT. – Resp 758639/PB, “A Lei de Improbidade Administrativa, portanto, não pune a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público, e de todo aquele auxiliie, voltada para a corrupção”.

A Lei n-º 8.429/92 consagrou a responsabilidade subjetiva do agente público, exigindo o dolo nas três espécies de atos de improbidade (artigos 9-º, 10, 11) e permitindo, em uma única espécie – artigo 10, também a responsabilidade a título de culpa. Assim a Lei que hoje vigora passou por várias alterações até se tornar o diploma legal que hoje é conhecido como a Lei de Improbidade Administrativa, dessa forma tornando mais uma vez oportuna ao leitor a necessidade de demonstrar se nos crimes de improbidade administrativa independe de ser provada a culpa do agente, o que será abordado no próximo subtítulo.

2.2 OS CRIMES DE IMPROBIDADE E A CULPA DO AGENTE.

Na Lei de improbidade administrativa existem três artigos que estabelecem os atos que versam sobre o enriquecimento ilícito estão no art. 9, os atos que causam prejuízo ao erário estão no art. 10, e os atos que atentam contra os princípios da administração pública que estão previstos no art.11. Para que se configurem os atos de improbidade deve ser levada em conta a diferenciação dos elementos subjetivos, o dolo e a culpa, sendo que os casos culposos são mais difíceis de acontecer, porém não menos graves.

O agente que vier a se envolver em ato improbo, não o fez por um mero descuido ou sem querer, este querer torna o agente desonesto isto porque o ato improbo foi pensado, de forma maliciosa com intenção de obter lucro ou proporcionar vantagens a terceiro. Dessa forma, deverá ser provado o dolo, pois para que estes se tornem inelegíveis prevê a Lei Complementar n-º 135/10 ⁶, que o elemento subjetivo dolo é indispensável para a configuração do ato de improbidade, portanto se for provado o agente que for condenado terá seus direitos políticos suspensos e ficara inelegível.

⁶ Art. 2º A Lei Complementar nº 64, de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;

Neste sentido versa Alexandre de Moraes, 2007:

[...] O ato de improbidade administrativa exige para sua configuração um desvio de conduta do agente público, que no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público, mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, como ocorrem com as condutas previstas no art. 11 da presente Lei. (ALEXANDRE DE MORAES, 2007).

Conforme, os entendimentos de Alexandre de Moraes, a pergunta do texto em análise se responde de forma negativa sendo que depende ser provada a culpa do agente para que se configure o ato improprio. Com isso, existem as sanções em que o agente administrativo vai se encachar, estas estão previstas no art. 12, da Lei de Improbidade, dessa forma são as seguintes sanções; A suspensão dos direitos políticos (CF/ 88, art. 15, V), a perda da função pública, e ainda o ressarcimento ao erário. (ALEXANDRE DE MORAES, 2007).

Assim Alexandre de Moraes, ilustra em sua obra Direito Constitucional Administrativo, (página 357), um quadro geral das sanções por ato de improbidade administrativa, o qual segue abaixo. Este quadro ilustra a hipótese não devendo o Poder Judiciário estar totalmente vinculado a ele, pois a Constituição Federal de 1988 nos traz com clareza o princípio da individualização da pena ⁷. Este princípio o qual está previsto no artigo 5-º inciso XLVI, da Constituição Federal, tendo como finalidade que a justiça seja alcançada e a pena aplicada atinja suas intenções de reprimir as condutas ímprobas e preveni-las. (ALEXANDRE DE MORAES, 2007).

Conforme mais atualizados estudos das supremas cortes foi disponibilizado em 20/03/2017, o informativo 856-STF, esquematizado por Márcio André Lopes Cavalcante paginas 07 a 10, o qual veio com o intuito de demonstrar que para a existência do crime do artigo 89 da Lei 8666/93, devem ser verificados os critérios judiciais para que se viabilize a denúncia pela regra do artigo 89. Estes critérios são de forma geral a parte mais importante dentro do processo, dessa forma passarão a ser abordados em seguida. (INFORMATIVO 856-STF, 2017)

⁷ Ao realizar a confecção do presente trabalho de monografia, foi recentemente acrescentado a Lei de Improbidade Administrativa o Art. 10-A, qual seja este estabelece regras no tocante à isenção de ISS dos municípios.

Com isso para que o leitor tenha mais clareza no entendimento quanto às sanções está disposto em seguida um quadro comparativo. Este quadro demonstra os artigos da Lei e suas sanções.

Sanções	Artigo 9-º	Artigo 10-º	Artigo 11-º
1. Ressarcimento ao erário.	Poderá ser aplicada, pois não se exige a ocorrência de prejuízo ao erário para caracterização desse ato de improbidade.	Deve ser aplicada, uma vez que se exige a ocorrência de prejuízo ao erário para a caracterização desse ato de improbidade.	Poderá ser aplicada, pois não se exige a ocorrência de prejuízo ao erário para a caracterização desse ato de improbidade.
2. Perda da função pública.	Devera ser aplicado.	Deve ser aplicada.	Deve ser aplicada.
3. Suspensão dos direitos políticos.	Deve ser aplicado de 8 (oito) a 10 (dez) anos.	Deve ser aplicada de 5 (cinco) a 8 (oito) anos.	Deve ser aplicada de 3 (três) a 5 (cinco) anos.
4. Perda dos bens acrescidos ilicitamente.	Deve ser aplicada, uma vez que se exige como requisito para o ato de improbidade previstos nesse artigo a obtenção de vantagem patrimonial ilícito pelo agente.	Poderá ser aplicada se houver acréscimo ilícito, uma vez que para a caracterização dos atos de improbidade previstos nesse artigo não se exige a obtenção patrimonial pelo agente.	Não há previsão específica no artigo 12, porém há a previsão genérica do artigo 6-º (no caso de enriquecimento ilícito, poderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos a seu patrimônio).
5. Multa civil- Valor.	Até três vezes o valor do acréscimo patrimonial.	Até duas vezes o valor do dano.	Até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente.
6. Proibição de contratar com o Poder Público.	Prazo de 10 anos.	Prazo de 5 (cinco) anos.	Prazo de 3 (três) anos.

(ALEXANDRE DE MORAES, 2007)

Conforme Márcio André Lopes Cavalcante, crime do art. 89 da Lei 8.666/93 exige resultado danoso (dano ao erário) para se consumir? Para responder a pergunta vamos considerar duas correntes que se dispõem de forma contrária uma a outra. 1ª corrente: SIM. Posição do STJ e da 2ª Turma do STF. 2ª corrente: NÃO. Entendimento da 1ª Turma do STF.

Dessa forma o legislador trouxe o art. 89 da Lei de Licitações, de forma geral para punir todos aqueles agentes públicos que venham a se beneficiar de forma desonesta ou que tenham intenção de causar dano ao erário público. Dessa forma deve-se então fazer uma investigação bem minuciosa para verificar se o agente teve uma conduta ilícita para com o ente público, para isso deverão ser utilizados três critérios, para que seja considerado crime do art. 89:

(1º) A existência ou não de parecer jurídico autorizando a dispensa ou a inexigibilidade. A existência de parecer jurídico é um indicativo da ausência de dolo do agente, salvo se houver circunstâncias que demonstrem o contrário;

(2º) A denúncia deverá indicar a existência de especial finalidade do agente de lesar o erário ou de promover enriquecimento ilícito;

(3º) A denúncia deverá descrever o vínculo subjetivo entre os agentes.

A licitação tem por regra geral o caráter obrigatório, o qual foi imposto à administração pública pela constituição federal de 1988, dessa forma, o ente Público somente pode contratar obras, serviços, compras e alienações se realizar uma licitação prévia para escolher o contratante (art. 37, XXI). Porém toda regra sempre possui a exceção, qual seja a contratação direta nos casos especificados na legislação o inciso XXI afirma que a Lei poderá especificar casos em que os contratos administrativos poderão ser celebrados sem esta prévia licitação. A isso, a doutrina denomina “contratação direta”. (ALEXANDRE DE MORAES, 2007).

Assim para que se configurem estas hipóteses de exceção, o administrador público deve seguir algumas formalidades e deve ser instaurado um processo de justificação de a licitação “contratação direta”, ser considerada ou de estar no rol das que se enquadra nas exceções, este procedimento é chamado de Procedimento de Justificação. Esta justificação passará por várias hipóteses via de regra deve está no do art. 25 da Lei de Licitações.

Desse modo, o informativo 856-STF, esquematizado por Márcio André Lopes Cavalcante pag. 07 a 10, nós traz a seguinte pergunta, exige-se resultado danoso (dano ao erário) para que este crime se consuma? Atualmente existem polêmicas sobre o tema, SIM. Posição do STJ e da 2ª Turma do STF é NÃO.

Entendimento da 6ª Turma do STJ:

O crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93 não é de mera conduta, sendo necessária a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário e a configuração do efetivo prejuízo ao patrimônio público.

STJ. 6ª Turma. HC 377.711/SC, Rel. Min.

Para que se configure o crime, qual seja não é de mera conduta deve ser específico o dano ao erário, ocasionando sim o efetivo prejuízo aos cofres públicos.

Entendimento da 1ª Turma do STF:

O tipo penal do art. 89 da Lei de Licitações prevê crime formal, que dispensa o resultado danoso para o erário.

STF. 1ª Turma. Inq 3674/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 7/3/2017 (Info 856).

Já de forma conflitante ao entendimento do STJ, o STF entende que o tipo penal não prevê tal conduta se esta deve ser provada sendo apenas formal, dispensando assim o resultado danoso ao erário.

Entendimento da 2ª Turma do STF:

Para que haja a condenação pelo crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93, exige-se a demonstração de que houve prejuízo ao erário e de que o agente tinha a finalidade específica de favorecimento indevido. Assim, mesmo que a decisão de dispensa ou inexigibilidade da licitação tenha sido incorreta, isso não significa necessariamente que tenha havido crime, sendo necessário analisar o prejuízo e o dolo do agente.

STF. 2ª Turma. Inq 3731/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 2/2/2016 (Info 813).

Porém em entendimento da 2ª Turma da mesma casa STF, nos traz uma visão diferente da 1ª Turma sendo aqui necessária a comprovação do dolo ocasionando assim prejuízo ao erário. Dessa forma tornando os processos uma forma de loteria, pois se deve pensar da seguinte forma que os conceitos de dolo são nos casos o mesmo, assim não deveria existir dualidades de entendimentos.

Entendimento da 1ª Turma do STF:

O crime do art. 89 da Lei 8.666/93 é formal, se-consumando tão somente com a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Não se exige, para sua configuração, prova de prejuízo financeiro ao erário, uma vez que o bem jurídico tutelado não se resume ao patrimônio público, mas coincide com os fins buscados pela CF/88, ao exigir em seu art. 37, XXI, "licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes". Tutela-se, igualmente, a moralidade administrativa, a probidade, a impessoalidade e a isonomia.

STF. 1ª Turma. AP 971, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/06/2016.

Assim torna-se mais uma vez oportuno frisar que as Turmas estão julgando crimes que são claramente ligados ao elemento dolo, qual seja não deveria ter na mesma casa em que são esclarecidos os problemas entendimentos diversos sobre a mesma matéria, tornando assim a justiça uma incógnita, pois ora julgam a demanda procedente em ora julgam a demanda improcedente. Torna-se então oportuno para o leitor fazer tal reflexão.

Com isso entende-se que o tipo subjetivo nos crimes licitatórios previstos no art. 89, da Lei 8666/93, depende especificamente de vontade de agir do agente para que consiga lesar o erário público ou se beneficiar de maneira ilícita, este entendimento é pacífico nas cortes superiores do STF e STJ. Dessa forma torna-se indispensável para a caracterização da conduta a demonstração, já na fase de recebimento da denúncia, do elemento subjetivo consistente na intenção de causar dano ao erário ou obter vantagem indevida.

Entendimento da 2ª Turma do STF:

Para a caracterização da conduta tipificada no art. 89 da Lei 8.666/1993, são indispensáveis à demonstração, já na fase de recebimento da denúncia, do elemento subjetivo consistente na intenção de causar dano ao erário ou obter vantagem indevida.

STF. 2ª Turma. Inq 3965, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 22/11/2016.

O objetivo do art. 89 da Lei nº 8.666/93 não é punir o administrador público despreparado, inábil, mas sim o desonesto, que tinha a intenção de causar dano ao erário ou obter vantagem indevida. Por essa razão, é necessário sempre analisar se a conduta do agente foi apenas um ilícito civil e administrativo ou se chegou a configurar realmente crime.

Para que se configure o ilícito administrativo basta que o administrador público tenha agido desobedecendo qualquer aspecto da Lei (simples violação ao princípio da legalidade). Por outro lado, para que se afirme ter havido crime, é necessária uma conduta planejada e voltada diretamente com o fim de obter um proveito criminoso de qualquer natureza. Em um caso concreto julgado pelo STF, o Min. Luiz Fux propôs a análise de três critérios para se verificar se o ilícito administrativo configurou também o crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93. (INFO. 856-STF, 2017).

Esses critérios abordados no informativo 856-STF permitem que se diferencie, com clareza, a conduta criminosa definida no art. 89 da Lei nº 8.666/93 das irregularidades ou ilícitos administrativos e de improbidade, intencionais ou negligentes. 1º critério: existência de parecer jurídico autorizando a dispensa ou a inexigibilidade.

O primeiro critério consiste na existência de parecer jurídico lavrado idoneamente pelo órgão competente. O parecer do corpo jurídico, quando lavrado de maneira idônea, sem indício de que constitua etapa da empreitada criminosa, confere embasamento jurídico ao ato, até mesmo quanto à observância das formalidades do procedimento.

Com isso torna-se favorável o parecer jurídico para que a dispensa ou inexigibilidade impeçam a punição ao administrador por crime, já que demonstra, desde que inexistentes outros indícios em contrário, que ele não tinha ciência da ilicitude. Se existe parecer afirmando ser legal a medida, o agente não pode ser condenado porque ele estava em erro quanto ao elemento do tipo, qual seja, a circunstância “fora das hipóteses legais” (art. 20 do CP, INFO. 856-STF).

2º critério: a denúncia deverá descrever o elemento subjetivo especial (“dolo específico”) do agente. O segundo critério a ser observado é a indicação, na denúncia, da especial finalidade de lesar o erário ou promover enriquecimento ilícito dos acusados. Mesmo para aqueles que defendem que o crime definido no art. 89 da Lei 8.666/1993 é formal (independe da prova do resultado danoso), ainda assim, para que a conduta do administrador seja considerada criminosa, é exigível que a denúncia narre a finalidade do agente de lesar o erário, de obter vantagem indevida ou de beneficiar patrimonialmente o particular contratado, ferindo, com isso, a razão essencial da licitação a impessoalidade da contratação. (INFO. 856-STF).

3º critério: a denúncia deverá descrever o vínculo subjetivo entre os agentes como último critério, destacou a necessária descrição do vínculo subjetivo entre os agentes. Assim, a imputação do crime definido no art. 89 da Lei nº 8.666/93 a uma pluralidade de agentes exige a descrição da existência de vínculo subjetivo entre os participantes para a obtenção do resultado criminoso. Não basta que a denúncia narre o ato administrativo formal eivado de irregularidade. (INFO. 856-STF).

Com isso para finalizar, o crime de improbidade independem de que a culpa do agente seja provada, podemos vislumbrar que se faz necessário sempre analisar se a conduta do agente foi apenas um ilícito civil e administrativo ou se chegou a configurar realmente crime. Assim chegamos a seguinte conclusão que atualmente existem polêmicas sobre o tema, SIM. Posição do STJ e da 2ª Turma do STF NÃO. Entendimento da 1ª Turma do STF, com isso passando ao próximo tema da

pesquisa qual seja se a presunção de culpa em crime licitatório pode contribuir para que exista a probidade em crimes licitatórios.

2.3 A PRESUNÇÃO DE CULPA EM CRIMES LICITATÓRIOS PODE CONTRIBUIR PARA A PROBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Conforme, Moraes em sua obra Direito Constitucional Administrativo, as condutas previstas no art. 10 da Lei n-º 8429/92, para que se configurem devem ser acompanhadas de alguns requisitos, um destes é a conduta dolosa ou culposa do agente. Assim quanto à conduta ser dolosa ou culposa, quando existir a comprovação de lesão ao erário público estará caracterizado a conduta dolosa ou culposa. Dessa forma conforme pesquisa feita de artigo publicado pelo promotor de justiça Wilson Ricardo Coelho Tafner, o qual elenca temas abordados pelos doutrinadores Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo, versam sobre o tema.⁸

Não estaremos diante do chamado enriquecimento sem causa. Isso porque o prestador do serviço, o fornecedor ou executor da obra serão indenizados, na medida em que tiverem agido de boa-fé. Entretanto, a autoridade superior que determinou a execução sem as cautelas legais, provada sua culpa (o erro inescusável ou o desconhecimento da Lei), deverá, caso se negue a pagar espontaneamente, em ação regressiva indenizar o erário por sua conta ilícito. O patrimônio enriquecido, o da comunidade e nunca o da Administração (pois esta é a própria comunidade), não o terá sido com ausência de título jurídico. (MORAES 2007).

Mas, sim, em decorrência de uma lesão aos seus valores fundamentais, como o da moralidade administrativa. “Compete à parte, e não à Administração, a prova de que o dano, decorrente da presunção de lesividade, é menor do que a reposição integral”. Este entendimento já se tornou assente na construção pretoriana

⁸Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo entendem que a presunção de lesividade desses atos ilegais é fácil de intuir. Se o ordenamento jurídico obriga o procedimento licitatório, para o cumprimento da isonomia e da moralidade da administração, o esquivar-se a esse procedimento constitui inequívoca lesão à coletividade. Será esta ressarcida pela devolução do dispêndio à revelia do procedimento legal. Aquele que praticou os atos terá agido por sua conta, riscos e perigos. Ainda que pronta à obra, entregue o fornecimento ou prestado o serviço, se impassível de convalidação o ato praticado, impõe-se a devolução.

pátria em sede de ação popular, sendo, como vimos acima, o fundamento de tais julgados, plenamente aproveitável para ações civis públicas que tenham o mesmo objeto.

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, analisando a questão, em sede de recurso extraordinário (Rextr. nº 160.381SP, rel. Min. Marco Aurélio; RTJ 153/1022), por unanimidade, manifestou-se da seguinte maneira:

"Ação Popular. Procedência. Pressupostos. Na maioria das vezes, a lesividade ao erário público decorre da própria ilegalidade do ato praticado. Assim o é quando se dá a contratação, por município, de serviços que poderiam ser prestados por servidores, sem a feitura de licitação e sem que o ato administrativo tenha sido precedido da necessária justificativa.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Marco Aurélio: Neste processo discute-se o acerto, ou não, de acórdão proferido, em embargos infringentes pela Oitava Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação popular. Os recorrentes apontam que tal decisão, no que implicaria desprezo ao requisito da lesividade, conflita com a norma inserta no inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal, além de distanciar-se da jurisprudência desta Corte, revelada no julgamento dos recursos extraordinários nº s 75.857 e 92.326. Discorresse sobre o caráter indispensável da demonstração da lesão.

"AÇÃO POPULAR Ato administrativo nulo Cabimento hipótese enumerada no art. 4º da Lei nº. 4.717/65 Presunção legal de lesividade Entendimento que não viola o disposto no at. 153, § 31, da CF/69 e tampouco nega vigência aos arts. 1º e 2º da Lei nº. 4.717/65" (STF RT 647/231);

PATRIMÔNIO PÚBLICO AÇÃO POPULAR Ilegalidade e lesividade ao patrimônio público Presunção legal Ocorrência Alienação irregular de imóvel pertencente ao patrimônio municipal Art. 4º da Lei Federal nº 4.717/65 Ação procedente Recurso não provido" (Ap. Civ. nº. 179.0151TJ/ SP, 10/12/92, Rel. Des. MÁRCIO BONILHA). (JURISPRUDÊNCIAS EM TESES)

Dessa forma, GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, em sua obra Tipologia dos atos de improbidade. Improbidade administrativa, 3ª ed., Rio de Janeiro: lumen juris, 2006. Cap.VII, pp.245-296. Material da 4ª aula da disciplina Direito Administrativo, ministrada no curso de pós-graduação lato sensu tele virtual em Direito público – Anhanguera – UNIDERP/ REDE LFG, enfrenta a polemica, em suas aulas de Direito Administrativo, nos temas de tipologia dos atos de improbidade, ressalta que:

“Em prevalecendo a exegese restritiva do art.10 da Lei 8.429/92, diversas condutas dotadas de grande potencial lesivo ao interesse público ficariam à margem da Lei, não sendo possível sequer à aplicação da tipologia prevista no art. 11 da Lei 8.429/92. Este tipo pressupõe um elemento subjetivo de natureza dolosa, não encampados os atos meramente culposos. Assim, entendendo-se que o art. 10 da Lei de Improbidade tem sua aplicação restrita à proteção ao erário, sempre que a lesão ao patrimônio público resultar de um ato culposo e não apresentar um prejuízo econômico financeiro imediato ter-se-á a minifesta impossibilidade de se aplicar ao agente um dos feixes de sanção cominadas no art.12, restando unicamente à possibilidade de reparação dos danos causados, o que há muito fora albergado pelo art. 159 do código civil de 1916 e repetido pelo art. 186 do código civil de 2002.” (PG. 21).

Assim, vislumbra-se que por vezes pode sim ser favorável a presunção de culpa para o agente, pois a aplicação do art. 10 da Lei de Improbidade estaria totalmente voltada a proteger o erário público, não existindo, portanto comprovação do ato lesivo ao patrimônio público tornara-se restrita as formas de punibilidade do agente, tornando por vezes o agente improbo, probo. Sendo assim, portanto favorável à presunção de culpa, pois a Lei de Improbidade estará voltada a proteger o patrimônio público o que comprovaria a linha de pesquisa que esta sendo abordada no projeto.

Com isso, desenvolvendo uma análise da aplicação do art. 10 da Lei de Improbidade o qual tem sua aplicabilidade restrita no tocante a lesão ao patrimônio público. Dessa forma, passaremos a verificação das decisões do STJ, os quais envolvam a improbidade de agentes por irregularidades em licitação podem ser precedentes para que o agente público possa ser responsabilizado culposamente por crime licitatório.

3 O STJ FRENTE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR IRREGULARIDADES EM LICITAÇÃO E A RESPONSABILIZAÇÃO CULPOSA DOS CRIMES PREVISTOS NA LEI DE LICITAÇÕES.

O Superior Tribunal de Justiça vem demonstrando em suas decisões conforme entendimento do STJ extraídos do site jurisprudências em teses, no qual foram pedidos o reexame de fatos e provas, e existência de divergência na jurisprudência o qual segue a análise abaixo:

ADMINISTRATIVO. ATO DE **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**. CONFIGURAÇÃO DO **ELEMENTO SUBJETIVO**. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DIVERGÊNCIA NÃO COMPROVADA.

Acórdão.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do (a) Sr (a). Ministro (a)-Relator (a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Assusete Magalhães (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.(JURISPRUDÊNCIAS EM TESES)

No presente caso foi analisada a conduta de um ex- prefeito do Município de Forquethina, o qual teria usado da regra de fracionamento de aquisição de medicamentos. Porém não foi utilizada a maneira correta de se adquirir este serviço por parte do ente público, pois se faz necessária à realização de procedimento licitatório então sendo este enquadrado em crime de improbidade administrativa, o presente processo passou por vários recursos, sendo então mantida a decisão julgando desprovido o agravo interno. Com isso demonstrar que nesse contexto, é prudente salientar que os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário dispensam a prova do dolo, sendo suficiente para a sua caracterização a presença de culpa.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. ENVIO DE CORRESPONDÊNCIA A SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS, PELO PREFEITO, SOLICITANDO VOTOS PARA CANDIDATOS QUE APOIA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ACÓRDÃO QUE DECIDE SER DESNECESSÁRIA A DEMONSTRAÇÃO DE DOLO OU CULPA, PARA A CONFIGURAÇÃO DO ATO ÍMPROBO. NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM, PARA QUE, À LUZ DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO, SE APRECIE A PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO, NA CONDUTA DO AGENTE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (STJ acesso em 27 de maio de 2017).⁹ (JURISPRUDÊNCIAS EM TESES)

⁹ Conforme disponibilização do STJ no caso, não obstante a sentença tenha afirmado a presença do dolo, na conduta do recorrente, o Tribunal de origem, ao apreciar a Apelação e os Declaratórios, opostos pelo ora recorrente, decidiu apenas que "a lesão a princípios administrativo contida no art. 11 da Lei n.º8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público". De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente". (STJ Acesso 27 de maio 2017)

Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9 e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10"(STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011). A análise da questão referente à existência ou não de dolo, na conduta do agente, demanda, em regra, o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. (STJ Acesso 27 de maio 2017).

Precedentes do STJ (AgRg no AREsp 666.459/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2015; AgRg no AREsp 186.734/MG, Rel. Ministra MARGA TESSLER (Desembargadora Federal Convocada) do TRF/4ª Região, PRIMEIRA TURMA, DJe de 17/03/2015. ¹⁰ Precedente do STJ (REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2015). VII. Recurso Especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 1305943/MA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 06/05/2016,). ¹¹

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. INQUÉRITO CIVIL. ABERTURA COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRORROGAÇÃO DO PRAZO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STF. PARTICIPAÇÃO DO MP EM TODOS OS PROCEDIMENTOS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA DAS PENAS. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DESPICIENDO A ANÁLISE QUANDO APLICADO O ENTENDIMENTO PACÍFICO PELA ALÍNEA A DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. (STJ julgado em 26 abril de 2016, JURISPRUDÊNCIAS EM TESES)

¹⁰ Assim sendo, mostra-se inviável acolher, desde já, a alegação do recorrente, no Especial, no sentido de que não teria agido com dolo, pois tal demandaria o exame do conjunto fático-probatório dos autos. VI. Nesse contexto, levando em consideração a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, necessária a anulação do acórdão recorrido, para que, com o retorno dos autos à origem, seja analisada, de forma efetiva, à luz do acervo fático-probatório dos autos, a presença ou não do elemento subjetivo, na conduta imputada ao recorrente. (STJ Acesso 27 de maio 2017)

¹¹ Impende destacar que, especificamente acerca da configuração do elemento subjetivo apto a ensejar a prática de ato tipificado no art. 11 da Lei n. 8.429/92, esta Corte Superior tem firme entendimento de que basta a demonstração de dolo genérico, não se exigindo a presença de dolo específico, conforme se depreende do seguinte julgado.

O Tribunal de origem, ao analisar as penalidades de acordo com o art. 12 da Lei nº 8.429/92, deu parcial provimento à apelação, apenas para afastar a condenação da perda da aposentadoria, mantendo, entretanto, as demais penas fixadas na sentença monocrática. A jurisprudência dessa Corte é uníssona no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula 7/STJ¹², salvo em hipóteses excepcionais, nas quais, da leitura do acórdão recorrido, exsurgir a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não é o caso vertente. (STJ Acesso 27 de maio 2017).

Precedentes. [...] Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (REsp 1.447.157/SE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 20/11/2015,). In casu, os Recorrentes foram condenados pela prática da conduta descrita no art. 11 da Lei n. 8.429/92, por terem, na qualidade de Secretário Geral da Administração e Diretor do Departamento Financeiro contratado empresa com a finalidade de fornecer refeições a funcionários do Município sem o devido processo licitatório.

Assim, as sanções aplicadas pelo juiz monocrático e mantidas pela Corte de origem, consistentes em suspensão dos direitos políticos por 3 (três) anos e pagamento de multa civil fixada em 4 (quatro) vezes o valor da remuneração percebida à época dos fatos, mostra-se proporcional aos atos ímprobos cometidos. Isso posto, com fundamento nos arts. 932, III e IV, do Código de Processo Civil de 2015 e 34, XVIII, a e b, e 255, I e II, do RISTJ, conheço em parte do Recurso Especial e nego-lhe provimento. Publique-se e intimem-se. Brasília (DF), 18 de abril de 2017. MINISTRA REGINA HELENA COSTA Relatora. (STJ Acesso 27 de maio 2017)

Assim tornando possível a confirmação do que fora abordado no “*caput*” do capítulo podendo ser um precedente para que o gestor, não seja responsabilizado a título de culpa em crimes licitatório. Dessa forma passando para a verificação das

¹² Súmula 7, STJ a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

incompatibilidades nas decisões do STJ tendo em vista a questão de que deve ser provado ou presumido o dano ao erário público.

3.1 AS INCOMPATIBILIDADES SOBRE A QUESTÃO DO DANO SE PROVADO OU PRESUMIDO.

No tocante aos crimes licitatórios que seguem as regras sobre a punição dos agentes públicos nos leva a palavras que foram mencionadas no início do trabalho que em estudos feitos sobre os julgados do Superior Tribunal de Justiça entende que é pacífico o tema, e é no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666, de 1993, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário. Conforme o STJ, somente existirá o crime do art. 89 da Lei n.º 8.666/93 se o Ministério Público conseguir provar que tenha havido resultado danoso (dano ao erário) com a conduta do agente.

Trata-se, portanto, de crime material (aquele que, para consumação, exige a ocorrência de resultado naturalístico). (Apn 214/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 07/05/2008). As ações criminais, que envolvem o cometimento de crimes previstos na Lei de Licitações, exigem, para a configuração do delito, a evidenciação do dolo específico e do dano ao erário, para que consubstanciem a justa causa para a condenação penal. (APn 330/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 03/10/2007).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **IMPROBIDADE** ADMINISTRATIVA. ACÓRDÃO QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS AUTOS, CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO. SUBJETIVO E NÃO CONFIGURAÇÃO DE ATO DE **IMPROBIDADE** ADMINISTRATIVA, PELOS TERCEIROS, PARTICULARES INDICADOS COMO RÉUS. SÚMULA 7/STJ.

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Agravo Regimental interposto contra decisão publicada na vigência do CPC/73.

II. Na origem, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL ajuizou Ação Civil Pública, postulando a condenação de JAIME RICARDO CONZATTI, ex-prefeito de Eldorado do Sul/RS, JAIRO LUIS CONZATTI, ex-secretário Municipal de Educação, INSTITUTO DE TECNOLOGIA APLICADA À INFORMAÇÃO - ITEAI e HELDER RODRIGUES ZEBRAL, Diretor-Presidente do ITEAI, pela prática de ato de **improbidade**.

Administrativa, consubstanciado na indevida dispensa de licitação na contratação de projeto de informática.

III. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem, mediante exame do conjunto probatório dos autos, deu provimento, em parte, às Apelações interpostas por JAIME RICARDO CONZATTI e JAIRO LUIS CONZATTI, para, reconhecendo a inexistência de **dano** ao Erário, mas a **presença** de ato atentatório aos **princípios da Administração** Pública, reduzir as sanções a eles impostas. Já o apelo interposto pelo INSTITUTO DE TECNOLOGIA APLICADA À INFORMAÇÃO - ITEAI e HELDER RODRIGUES ZEBRAL foi provido, para afastar a sua condenação pela prática de ato ímprobo, ao fundamento de que, "no que diz respeito à pessoa jurídica contratada e seu administrador, não há **prova** nos autos tenham agido fraudulentamente e se beneficiado indevidamente pela contratação. A mera proposta encaminhada ao Município da prestação dos serviços e de venda de bens para a implantação do chamado Projeto Despertar não configura ato de **improbidade** administrativa. Ademais, não respondem pelo descumprimento das normas legais pela Administração Pública na apuração dos requisitos para a contratação direta. Em se tratando de apreciação de oferta de serviços, cumpria ao Município verificar a relevância e necessidade e a viabilidade jurídica. Ademais, sequer foi alegado pelo Apelado tenham efetuado qualquer pagamento de comissão aos agentes públicos".

IV. Nas razões de seu Recurso Especial, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul não se insurgiu quanto ao ponto do acórdão recorrido, no qual o Tribunal de origem decidira não ter ocorrido dano ao Erário, postulando apenas que fosse reconhecida como ímproba a conduta dos ora agravados, particulares indicados como réus.

V. Em se tratando de **improbidade** administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a **improbidade** é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de **improbidade**, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evada de culpa grave, nas do artigo 10" (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/09/2014; AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014.

VI. Nos termos em que a causa foi decidida, infirmar os fundamentos do acórdão - para, reconhecendo a existência do elemento subjetivo na conduta dos agravados, condenar os particulares, indicados como réus, pela prática de ato de **improbidade** administrativa – demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

VII. Agravo Regimental improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.(JURISPRUDÊNCIAS EM TESES)

Contudo, em outra decisão o STJ, tratando de casos de fracionamento de compras e contratações com o objetivo de se dispensar ilegalmente o procedimento licitatório o prejuízo ao erário é considerado presumido (*in re ipsa*), na medida em que o Poder Público, por força da conduta ímproba do administrador, deixa de contratar a melhor proposta, o que gera prejuízos aos cofres públicos. (STJ. 2ª Turma. REsp 1280321/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 06/03/2012). Concluindo, então que, nas decisões envolvendo o crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93, o resultado danoso deve ser provado, porém nas decisões do STJ envolvendo improbidade administrativa decorrentes de infrações cometidas em licitação, o prejuízo ao erário é presumido.

Isso nós leva a uma análise que se deve entender que o conceito de dano é o mesmo por si só, tanto em se falando de Lei de Licitações quanto em Lei de Improbidade Administrativa. Finalizando assim e partindo para a questão de como se dá o entendimento da jurisprudência com base no artigo 89, da Lei de Licitações sobre a necessidade de comprovação de efetivo prejuízo ao erário público.

3.2 ENTENDIMENTOS JURISPRUDÊNCIAIS ACERCA DA NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO COM BASE NOS ARTIGOS 89 E 90 DA LEI DE LICITAÇÕES.

A doutrina acerca do tema em voga versa que o prejuízo ao erário deve ser comprovado, para isso dessa forma leciona, Luiz Flávio Gomes (2010) entende que mesmo em casos de crimes formais ou de mera conduta, para que se tenha um fato típico, não é suficiente a realização formal dos dados típicos. Com isso sendo imprescindível o conjunto de tipicidade formal, tipicidade material e tipicidade subjetiva ressalta que a contratação por meio de dispensa/inexigibilidade indevida de licitação é formalmente típica, mas não apresenta tipicidade material se não resultar em dano aos cofres públicos, ou seja, para que se configure o crime ele deverá ser provado. (LUIZ FLÁVIO GOMES, 2010).

Salienta o autor que o bem jurídico primeiramente tutelado pelo art. 89 da Lei n. 8.666/1993 é o erário e, deste modo, embora no *caput* do art. 89 não se encontre uma referência expressa a resultado naturalístico, somente nos casos em que haja efetiva lesão ao bem jurídico tutelado é que se poderá presumir a prática delituosa.

Assim afirma GOMES, 2010 que:

[...] Quando a conduta realiza formalmente o tipo penal (caso do art. 89, caput), mas não produz nenhum resultado jurídico desvalioso, não há de se falar em lesão ao bem jurídico (LUIZ FLÁVIO GOMES 2010, p. 5).

Seguindo o mesmo entendimento, Marçal Justen Filho, ressalta que:

[...] a ausência de observância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade da licitação somente é punível quando acarretar contratação indevida e retratar o intento reprovável do agente (visando a produzir o resultado danoso). Se os pressupostos da contratação direta estavam presentes, mas o agente deixou de atender à formalidade legal, a conduta é penalmente irrelevante (JUSTEN FILHO, 2002, p. 579).

Ainda, Bitencourt, 2012 salienta que:

[...] não se pode confundir, para efeito de consumação, a materialização da frustração ou da fraude com a efetiva obtenção da vantagem referida no dispositivo legal, na medida em que dita vantagem representa somente o fim especial da ação [...] Na verdade, tampouco é necessário à consumação que ocorra prejuízo econômico, o qual, se vier a existir, representará somente o exaurimento do crime (BITENCOURT, 2012, p. 208-209).

Dessa maneira, com relação à necessidade de concreto prejuízo ao erário, no crime configurado no art. 90 da Lei de Licitações, a doutrina é confluyente no entendimento de que não há necessidade de efetivo dano à Administração Pública para que o delito de frustrar ou fraudar o procedimento e o processo licitatório configure-se como crime. Porém a jurisprudência do STJ tem outra visão.

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem-se como *“leading case”* o julgamento da Ação Penal n. 480-MG, em 15/06/2012, no qual se julgou ser insuficiente o dolo genérico para a caracterização do art. 89¹³, *caput*, conforme se extraída respectiva ementa:

¹³ 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 Voto Decreto Lei n. 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) exigem, para que seja 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 dolo específico e o dano ao erário. Ação penal improcedente. (APn 480-MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS. CORTE ESPECIAL, j. em 15/06/2012). (BRASIL, 2012b).

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 DECRETOLAI 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. (APn 480-MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS. CORTE ESPECIAL, j. em 15/06/2012). (BRASIL, 2012b).

No julgado acima mencionado verificou-se que não existiram para que se configurasse o crime os elementos subjetivos, tais como insuficiência de dolo genérico, ausência de fatos típicos, a necessidade de dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo ao erário. Com isso mencionar que em momentos a jurisprudência necessita ter demonstrado no processo o dolo qual ocasione dano ao erário, e por vezes o faz de forma bem diversa não sendo necessário que se comprove o dolo.

Assim torna-se oportuno mencionar que deveriam as cortes superiores uniformizar os entendimentos acerca do presente tema qual seja o dolo. Dessa forma para concluir passamos agora para a parte conclusiva do presente trabalho de monografia, ou seja, se o prejuízo ao erário não exige o dolo em atos de improbidade administrativa, porque nos crimes de licitação envolvendo o mesmo contexto deve ser exigido o dolo em outras palavras deve ser provado o dolo do agente.

3.3 DA EXIGÊNCIA DO DOLO NOS CRIMES DE LICITAÇÃO ANTE A PRESUNÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO.

Assim devem ser levados em consideração os estudos feitos ao longo da criação do trabalho de monografia, pois em se falando dos crimes licitatórios com base na Lei de Licitações temos uma visão sobre a conceituação do dolo, ou seja,

que nos crimes de licitação o entendimento do STJ e no sentido que o dolo deve ser provado.

Por conseguinte, levando em consideração os atos de improbidade envolvendo o dolo a Lei de Improbidade Administrativa, tem que o entendimento do STJ no tocante ao dolo nos traz que aqui o dolo não necessita ser provado ¹⁴. Assim em estudos feitos sobre os julgados do Superior Tribunal de Justiça entende que é pacífico o tema, e é no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666, de 1993, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário.

Conforme o STF, somente existirá o crime do art. 89 da Lei n.º 8.666/93 se o Ministério Público conseguir provar que tenha havido resultado danoso (dano ao erário) com a conduta do agente. Assim torna-se mais uma vez oportuno frisar que as Turmas estão julgando crime que são claramente ligados ao elemento dolo, qual seja não deveria ter na mesma casa em que são esclarecidos os problemas entendimentos diversos sobre a mesma matéria, tornando assim a justiça uma incógnita, pois ora julgam a demanda procedente em ora julgam a demanda improcedente.

Com isso entende-se que o tipo subjetivo nos crimes licitatórios previstos no art. 89, da Lei 8666/93, depende especificamente de vontade de agir do agente para que consiga lesar o erário público ou se beneficiar de maneira ilícita, esse entendimento não é pacífico nas cortes superiores do STF e STJ. Assim torna-se indispensável para a caracterização da conduta a demonstração, já na fase de recebimento da denúncia, do elemento subjetivo consistente na intenção de causar dano ao erário ou obter vantagem indevida.

Assim com base no art. 21 da Lei de Improbidade Administrativa, a desnecessidade da efetiva ocorrência de dano ao erário, salvo os casos de ressarcimento ao erário. ¹⁵

¹⁴ Entendimento da 1ª Turma do STF, O crime do art. 89 da Lei 8.666/93 é formal, consumando-se tão somente com a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Não se exige, para sua configuração, prova de prejuízo financeiro ao erário, uma vez que o bem jurídico tutelado não se resume ao patrimônio público, mas coincide com os fins buscados pela CF/88, ao exigir em seu art. 37, XXI, "licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes". Tutela-se, igualmente, a moralidade administrativa, a probidade, a impessoalidade e a isonomia. STF. 1ª Turma. AP 971, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/06/2016.

¹⁵ Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

Dessa forma então com base nos entendimentos das cortes superiores do STJ em vários julgados o entendimento é no sentido de que quando se tratar de crime licitatório o dolo deverá ser provado, tornando assim oportuno a reflexão do presente tema, dessa forma chegando às considerações finais do trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma em síntese ao primeiro capítulo do trabalho de conclusão de curso podemos verificar que os procedimentos licitatórios são em regra os procedimentos a serem adotados por todo e qualquer ente público que desejar contratar algum tipo de serviço, obra ou aquisição de material. Tal procedimento licitatório deve seguir alguns princípios básicos que devem ser adotados pelo agente público que está investido do cargo. Estas formalidades estão previstas na Lei de Licitações, n-º 8666/93.

Com isso os legisladores, os agentes públicos que porventura vierem a descumprir as formalidades previstas na Lei de Licitações, deverão ser punidos na forma da Lei, o qual foi abordado no segundo capítulo do trabalho, configurando assim os crimes licitatórios. Estes para que se configurem necessitam de comprovação de dolo por parte de agente, o qual poderá ser punido administrativamente, e ainda podendo ser responsabilizado na seara criminal, e mais multa a ser aplicada sobre o valor do dano ao erário.

Insta mencionar então, que nas decisões envolvendo o crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93, o resultado danoso deve ser provado, porém nas decisões do STJ envolvendo improbidade administrativa decorrentes de infrações cometidas em licitação, o prejuízo ao erário é presumido. Os crimes envolvendo a improbidade administrativa dos agentes públicos que estão previstos nos artigos 9º, 10, 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Assim tornado possível a resposta da pergunta que gerou a presente pesquisa se a presunção do prejuízo ao erário em atos de improbidade administrativa envolvendo fraudes em licitação permite a responsabilização do gestor a título de culpa nos crimes previstos no art. 89 da Lei nº 8.666/93? Não permite a responsabilização do agente a título de culpa, uma vez que o artigo 18 do Código Penal ¹⁶ pois as condutas que resultarem efeito danoso ao erário para que

¹⁶ Art. 18 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
Crime doloso (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

se configurem devem ser provadas, com isso demonstrar que nesse contexto, vale salientar que os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário dispensam a prova do dolo específico, como visto anteriormente em decisões do STF, sendo suficiente para a sua caracterização a presença de culpa, sendo assim responsabilizado a título de culpa o agente.¹⁷

Assim, conclui-se que a resposta da pergunta que problematiza a pesquisa em tela pode ser respondida por vezes na forma contrária a última apresentada, pois em Turma recursal diferente da primeira o entendimento é que deve ser provado o prejuízo ao erário. Desta forma sendo assim não será possível responsabilizar o agente a título de culpa, pois neste caso o crime não é considerado formal.¹⁸

Dessa feita, por vezes os entendimentos das Cortes Superiores são conflitantes mesmo que se trate praticamente do mesmo tema, devendo então ser oportuno encerrar a fala com a reflexão ora feita na pesquisa, qual seja que o entendimento conceitual de dano deve ser o mesmo para todos os casos, não sendo possível ser conceituado de maneira diversa. Com isso seria importante por parte das cortes superiores pensarem em uma maneira de uniformizar tais decisões, afim de não tornar o processo de Improbidade Administrativa um processo que pode ser considerado uma loteria, mas sim um processo que puna os culpados quando realmente são culpados.

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime culposo (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente

17Entendimento do 1ª Turma do STF, O tipo penal do art. 89 da Lei de Licitações prevê crime formal, que dispensa o resultado danoso para o erário. STF. 1ª Turma. Inq 3674/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 7/3/2017 (Info 856).

18Entendimento do 2ª Turma do STF, Para que haja a condenação pelo crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93, exige-se a demonstração de que houve prejuízo ao erário e de que o agente tinha a finalidade específica de favorecimento indevido. Assim, mesmo que a decisão de dispensa ou inexigibilidade da licitação tenha sido incorreta, isso não significa necessariamente que tenha havido crime, sendo necessário analisar o prejuízo e o dolo do agente. STF. 2ª Turma. Inq 3731/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 2/2/2016 (Info 813).

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo: Descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método 2013.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 12^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal das licitações**. 1^a. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

BRASIL. **Constituição. Brasília**: Senado Federal: 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência, 1^a e 2^a Turmas. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 29 de maio 2017.

BRASIL. APn 480- MG, Rel. originaria **Min. Maria Thereza de Assis Moura**, Rel. para acórdão **Min. Cesar Asfor Rocha**, julgado em 29/03/2012.

BRASIL. APn 214- SP, Rel. **Min. Luiz Fux**, Corte Especial, julgado em 07/05/2008.

BRASIL. APn 330-SP, Rel. **Min. Francisco Falcão**, Rel. p/ Acórdão **Min. Luiz Fux**, Corte Especial, julgado em 03/10/2007.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicao_Compilado.htm>. Acesso em 03 de dezembro de 2016.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos**. 13^a. ed. São Paulo: 2009/ 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13^a. ed. São Paulo: 2008.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Tipologia dos atos de improbidade**. Improbidade administrativa, 3^a ed., Rio de Janeiro: lumen juris, 2006. Cap.VII, pp.245-296. Material da 4^a aula da disciplina Direito Administrativo, ministrada no curso de pós-graduação lato sensu tele virtual em Direito público – Anhanguera – UNIDERP/ REDE LFG.

GOMES, Luiz Flávio. **Legislação Criminal Especial**. 2^a ed. São Paulo: 2010.

JURISPRUDÊNCIAS EM TESES. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/>. Acesso em 07 de abril de 2017. <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=Improbidade>. Acesso em 13 de Maio de 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica.** 8^a. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. **LEI 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamentada o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8666cons.htm>. Acesso em 12 novembro 2016.

_____. **LEI Complementar nº 135/2010.** Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm.

MARCELLA OLIVEIRA MELLONI DE FARIAS.

MARINO PAZZAGLINI FILHO. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada.** 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

MEDAUAR ODETE. **Direito Administrativo Moderno.** 20ª. ed. São Paulo: 2016.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo.** 4^a. ed. São Paulo: 2007.

PAULO JOSE DA COSTA JUNIOR. **Direito Penal das Licitações: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666, de 21.6.1993.** São Paulo: 1994.

PORTAL DA CIDADANIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Improbidade_Administrativa/Doutrina_Improbidade/3improbeaus%>. Acesso em 22 de abril de 2017.

WILSON RICARDO COELHO TAFNER. PROMOTOR DE JUSTIÇA. Artigo sobre presunção de lesividade.

RIO GRANDE DO SUL. RECURSO ESPECIAL. <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/451105147/recurso-especial-resp-1654542-se-2017-0033113-6>>. Acesso em 27 de maio de 2017.

STF- RMS 23.714-1- DF- **rel. Min. Sepúlveda Pertence-** j.05.09.2000- RT 785/164.

STF. 1ª Turma. Inq 3674/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 7/3/2017 (Info 856).

STJ. 2ª Turma. REsp 1280321/MG, Rel. **Min. Mauro Campbell Marques**, julgado em 06/03/2012.