

O CRIME DO ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93: análise das formas e requisitos

Breno Wesley Nunes de Oliveira¹
Thiago Murilo Nóbrega Galvão²

RESUMO

Analisa a Lei de Licitações com enfoque no primeiro crime previsto na Lei 8.666, previsto em seu art. 89, na ótica do Direito Administrativo, com desdobramento no Direito Penal. Conceitua licitação na perspectiva da Constituição Federal e de diversos doutrinadores. Dispõe o processo licitatório como regra para o certame. Discorre sobre o art. 89, finalizando com algumas indagações sobre o tema. Traz as hipóteses de licitação dispensada, de dispensa de licitação e de inexigibilidade de licitação, seguidas de um rol de situações que permitem a ocorrência de contratação direta sem licitação. No âmbito da pena aplicada ao crime em discurso, aborda os aspectos penais e processos penais. Finaliza ressaltando a função que tem o gestor público em assegurar que a contratação direta seja realizada com observância as premissas da lei, assim como, da culpa e responsabilidade do particular que se beneficiar do certame fraudulento. Para tanto, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e a eletrônica através de sítios sobre o tema.

Palavras-chaves: Licitação. Dispensa. Inexigibilidade. Contratação Direta. Crime.

ABSTRACT

Analyzes the Public Procurement Law with focus on the first offense under Law 8666, as provided in article 89, in the view of administrative law, with development in the Criminal Law. Conceptualizes bidding from the perspective of the Federal Constitution and various scholars. Places the bidding process as a rule for the event. Discusses the article 89, concluding with some questions on the subject. Brings the chance of bidding waived, waiver of bidding and unenforceability of bidding, followed by a list of situations that allow the occurrence of direct contracting without bidding. Within of the sanction to the crime in speech, it deals with criminal matters and criminal proceedings. Finalizes highlighting the function that has the public manager to ensure that direct contracting be in compliance with the assumptions of the law, as well as the guilt and the responsibility of particular benefit from fraudulent event. For this purpose, it was used as methodology the bibliographical research and electronics through websites on the topic.

Keywords: Bidding. Dispensation. Unenforceability. Direct hiring. Crime.

1 INTRODUÇÃO

¹ Aluno do 8º período do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: breno.fan@yahoo.com.br.

² Procurador Federal, especialista em Direito e Jurisprudência pela Esmarn, especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UFRN, especialista em Direito Público pela UnB, Professor e Instrutor da Administração Federal, Docente especialista do curso de direito do Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

Nos últimos tempos, o termo “licitação” tem sido bastante difundido e noticiado na imprensa, nos jornais de telecomunicações, na imprensa escrita e falada, bem como, nas redes sociais. Infelizmente, quando se ouve falar sobre o tema nos meios de comunicação, quase sempre, está atrelado a outro termo, a saber: corrupção.

Atento a perspectiva da sociedade sobre o tema, este estudo não tem como objetivo a dissecação do tema, como por exemplo: a análise dos vários conceitos, das modalidades prevista e suas características, das fases internas e externas, etc. Busca-se aqui, analisar o primeiro crime previsto na Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), mas conhecida como Lei de Licitações.

Tal abordagem, não está estribada apenas sob o enfoque penal. Busca-se estabelecer uma visão sob a lente do Direito Administrativo, analisando as condutas que devem ser observadas pelo Gestor Público para que não incorra no crime previsto no art. 89 da precitada lei, desdobrando-se suas implicações com o Direito Penal.

Nessa visão, faz-se importante pontuar que a licitação é um certame instaurado por meio de um processo administrativo, pelo qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa, segundo critérios previamente estabelecidos, dentre os interessados em estabelecer um contrato de interesse público, o qual tenha por objeto obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações.

É a regra para os contratos formalizados pela Administração Pública. No entanto, há casos em que poderá ocorrer a contratação direta por meio da licitação dispensada, da dispensa de licitação ou mesmo de sua inexigibilidade. Tais hipóteses devem estar prescritas em lei.

Objetivando entre outras coisas a moralidade administrativa, o legislador tipificou como crime a conduta do agente que dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou quando cabível a contratação, não observa o agente as formalidades pertinentes a dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Desta forma, imprescindível é a análise dos aspectos penais e processuais penais aplicados à espécie, bem como, a análise das hipóteses e requisitos da dispensa e da inexigibilidade de licitação, a serem feitas no decorrer deste documento.

2 CONCEITO DE LICITAÇÃO

O termo licitação não é desconhecido da maior parte da população. Acredita-se que boa parte da população já ouviu alguém falar sobre o tema em algum telejornal, na imprensa escrita, em blogs, redes sociais, conversas entre amigos ou mesmo em piadas ou programa de humor.

Embora o termo seja conhecido, muitas vezes por sua repercussão negativa está ligada a atos de corrupção que ganham as manchetes dos jornais, infere-se que pouco se sabe ou tem-se conhecimento do que realmente é uma licitação.

A acepção do termo, leva a conceber a palavra licitação como ato de tornar algo lícito. E esta deve ser a ideia principal do termo.

O gestor do dinheiro público, deve se abster de realizar qualquer ato ilícito, pois não gerencia coisa própria, mas sim, coisa pública. Seus atos devem estar norteados pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, os quais estão insculpidos no Caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

O termo licitação quando mencionado nos artigos 22, XXVII e 37, XXI da Constituição Federal (BRASIL, 1988) está relacionado com os contratos efetuados pelas administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos casos de obras, serviços, compras e alienações.

Pela análise do termo licitação, pode-se conceituá-la como sendo o ato pelo qual o gestor público deve proceder, observados os princípios e regras da administração pública, para que os contratos firmados que tenham por objeto as obras, serviços, compras e alienações sejam lícitos.

Ou seja, a licitação é um procedimento previsto em lei – no sentido amplo - adotado pela administração pública, por meio do qual, de forma moral e isonômica, estabelecerá contratos com particulares interessados, os quais tenham por objeto a realização de obras e serviços ou a compra ou alienação de bens, buscando sempre a eficiência e publicidade de seus atos. Este seria um conceito extraído apenas da concepção do termo licitação empregado pelo legislador constitucional.

O legislador infraconstitucional, no entanto, ao regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), estabeleceu no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 1993), a seguinte disposição:

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.

A doutrina se encarregou de conceituar o que seria licitação. Nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 532), licitação:

É um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

Para Administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 373),

Pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Já para o professor Hely Lopes Meirelles (2014, p. 297-298),

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos.

Desta forma, observa-se que a licitação é um certame instaurado por meio de um processo administrativo, pelo qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa, segundo critérios previamente estabelecidos, dentre os interessados em estabelecer um contrato de interesse público, o qual tenha por objeto obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações.

3 LICITAÇÃO COMO REGRA

Como se pode depreender do caput art. 2º da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), licitar é a regra, de acordo com o que diz o caput do artigo 2º:

As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, **serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.** (grifo nosso)

Assim, as obras, os serviços, incluídos os de publicidade, as compras, as alienações, as concessões, as permissões, as locações efetuadas pela administração, quando não realizadas diretamente pela própria administração pública e contratados com terceiros, obrigatoriamente, devem ser precedidas de licitação como regra.

A licitação, como regra, é uma das fases indispensáveis do processo de realização da despesa pública. A fase da licitação deve preceder a fase de contratação da administração pública com terceiros.

Por força do art. 37, XXI da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a licitação é a regra essencial e prévia da contratação da realização da despesa pública.

E se a licitação é a regra, quem deve licitar? A resposta encontra-se no parágrafo único do art. 1º da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993):

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos **órgãos da administração direta**, os **fundos especiais**, as **autarquias**, as **fundações públicas**, as **empresas públicas**, as **sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente** pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (grifo nosso)

O art. 173, § 1º, III da Constituição Federal (BRASIL, 1993), previu lei que estabelecerá um estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias quando em desenvolvimento de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, a qual deverá dispor, entre outros, das licitações e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica

de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...]

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

Tal norma não é autoaplicável. Enquanto a União, conforme art. 22, XXVII da CF/88 (BRASIL, 1988), não editar a lei de que trata o art. 173, § 1º, CF/88 (BRASIL, 1988), permanece inalterada a regra de licitar.

É de se observar que existirá casos em que a licitação será incompatível com o cumprimento da real finalidade para qual tais entidades foram criadas.

Será nestes casos que se aplicará a exceção à regra de licitar. São as ressalvas das hipóteses trazidas pela própria lei nº 8.666/93, conforme última parte do seu artigo 2º (BRASIL, 1993).

A redação do art. 37, XXI da CF/88 (BRASIL, 1988), no entanto, ao exigir a licitação para os casos ali tratados, ressalva, “os casos especificados na legislação”. Deixa, portanto, em aberto a possibilidade de criação de novas hipóteses de contratação direta sem licitação, por legislação ordinária.

De modo geral, a licitação deixa de ser obrigatória quando for ela dispensável (art. 17 da Lei nº 8.666/93), nas hipótese de dispensa do procedimento licitatório (art. 24 da Lei nº 8.666/93) e nos casos de inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei nº 8.666/93), nesta última hipótese, quando for inviável a competição.

Analisar-se-á tais hipóteses de forma mais detalhada adiante.

4 O CRIME DO ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93

Sem embargos, pode-se observar que a licitação é a regra para à administração pública e que as hipóteses da contratação direta sem licitação deverão estar previstas em lei.

A lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), mas conhecida como lei de licitações e contratos, é composta por seis capítulos, os quais apresentam a seguinte estrutura: Capítulo I – Das Disposições Gerais, Capítulo II – Da Licitação, Capítulo III – Dos Contratos, Capítulo IV – Das Sanções Administrativas e da Tutela Judicial, Capítulo V – Dos Recursos Administrativos e o Capítulo VI – Disposições Finais e Transitórias.

A lei de licitações e contratos reservou 11 artigos para tratar dos crimes e das penas. Tais condutas estão tipificadas na seção III, do capítulo IV, a qual compreende os artigos 89 ao 99.

Estabeleceu ainda dez crimes típicos de licitação. Este estudo detém-se na análise apenas de seu primeiro crime, o qual está previsto no art. 89, senão:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Para configuração do crime em tela, o legislador estabeleceu duas condutas distintas pelo agente público deveria incorrer para configuração do delito.

A primeira conduta diz respeito a hipótese do administrador público efetuar a contratação direta fora das hipóteses previstas por lei. O gestor público que dispensar um processo licitatório ou mesmo inexigir este procedimento, ou seja, não exigir que a contratação da administração pública com terceiros sem posta mediante procedimento de licitação, em situações não prevista em lei, comete o crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993).

O legislador infraconstitucional, não se limitou apenas em cobrar do administrador público que se abstenha de dispensar ou inexigir o procedimento licitatório, fora dos casos regulamentos por lei. Impôs, que além de observar as hipóteses legais de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação, deve o gestor público, observar as formalidades exigidas para o caso de dispensa ou inexigibilidade.

Desta forma, para que não incorra no crime em tela, deve o gestor público, ao realizar a contratação direta, observar primeiramente se tal hipótese está prevista em lei, em seguida, caso exista a previsão legal, observar as formalidades exigidas para cada caso.

O parágrafo único do art. 89 ressalta que se comprovado que o particular concorreu para consumação da contratação ilegal, vindo a se beneficiar da dispensa ou inexigibilidade de licitação, deverá incorrer também na mesma pena prevista no preceito secundário do citado artigo.

No entanto, para melhor análise do artigo, cabe aqui as seguintes indagações: Dispensa de licitação, licitação dispensada e inexigibilidade de licitação são a mesma coisa? Quais as hipóteses previstas em lei de dispensa e inexigibilidade de licitação? Existe outras hipóteses

previstas em lei que não esteja na Lei 8.666/93? Que formalidades são estas citadas pelo artigo 89 da lei 8.666/93?

Sobre tais questões, discorrer-se-á para melhor compreensão do tema proposto.

5 LICITAÇÃO DISPENSADA, DISPENSA DE LICITAÇÃO E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

As hipóteses de licitação dispensada, de dispensa de licitação e de inexigibilidade de licitação estão previstas nos artigos 17, 24 e 25 da lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), respectivamente.

Há autores que distinguem a licitação dispensada do art. 17 da dispensa de licitação, do art. 24 da lei de licitações (BRASIL, 1993). Outros doutrinadores não fazem qualquer distinção entre os três institutos.

É comum, no entanto, distinguirmos a licitação dispensada (art. 17), da dispensa de licitação (art. 24) pela possibilidade ou não de se realizar o procedimento licitatório nas hipóteses elencadas em cada artigo. Tal distinção nos é sugerida pela própria redação utilizada no artigo 17 da lei de licitações, na qual trata a licitação como “dispensada”.

Uma leitura menos atenta do artigo, leve ao hermenêuta a crer que em tais hipóteses não seria possível, caso julgasse viável o gestor público, realizar o devido procedimento licitatório, pois naqueles casos a licitação já estaria dispensada pela própria imposição da lei.

De outro lado, o artigo 24 traria as hipóteses em que mesmo sendo possível a dispensa de licitação, a administração poderia, caso julgasse conveniente, realizar o procedimento de licitação normalmente.

Acredita-se que esta não deve ser a forma correta de distinção entre as hipóteses do artigo 17 e 24 da lei de licitações (BRASIL, 1993).

O pensamento do Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é no sentido de que a melhor interpretação é a aquela na qual está o interesse da administração pública na relação contratual. Assim, nos casos do art. 17 a administração pública age com interesse em alienar, doar, desfazer-se de seu patrimônio. Ao contrário, nos casos previstos no art. 24, seu interesse está em adquirir, comprar, obter, locar o bem ou serviço (FERNANDES, 2013).

Também se faz necessário ter em mente que as hipóteses do art. 17 não precisam se submeter a exigência do art. 26 da mesma lei. A ressalva fica a conta dos §§ 2º e 4º do art. 17.

De forma inversa, as hipóteses do art. 24 devem observar a regra do art. 26 da lei de licitações. A ressalva neste caso, fica por conta dos incisos I e II do seu art. 24 (BRASIL, 1993).

É neste sentido que repousa a diferença entre os institutos do arts. 17 e 24 da lei de licitações, mas de pouco ordem prática. No dia a dia é comum a utilização do mesmo termo para os dois casos.

Quanto a diferenciação entre estes dois institutos e o instituto da inexigibilidade de licitação, se deve ao fato de que as hipóteses de dispensa de licitação e licitação dispensada, apresentam-se em *numerus clausus*. Seu rol é taxativo. Não se discute a possibilidade de ampliação por interpretação extensiva.

Já os casos de inexigibilidade de licitação, ocorrem quanto a realização se torna inviável, por fatores externos a vontade da administração pública. Apresenta-se no referido instituto um rol exemplificativo de casos em que não se pode exigir a realização de um certame licitatório pelo gestor público.

Neste caso, o administrador da coisa pública também deve observar as regras do art. 26 da lei de licitações (BRASIL, 1993).

6 HIPÓTESES DE CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO

Como já mencionado anteriormente, a administração pública poderá ter o procedimento de licitação dispensado quando objetivar desfazer-se de um bem ou adquiri-lo.

O art. 17 da Lei de Licitações (BRASIL, 1993) trata dos casos de alienação de bens pela administração pública. Na aplicação deste artigo, a administração pública não precisa justificar a dispensa do procedimento licitatório, pois tal justificativa é pressuposta pela própria lei.

No entanto, a alienação de bens públicos deve estar lastreada pelo interesse público o qual deve estar devidamente justificado e por avaliação prévia. Tratando-se de imóveis da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, será necessário ainda a autorização legislativa.

O rol do art. 17 da Lei 8.666/93 é taxativo, não admitindo sua ampliação, tendo como hipóteses quanto aos bens imóveis:

a. Dação em pagamento: Deve a administração demonstrar que a entrega de um imóvel em dação em pagamento é mais vantajosa do que a sua venda.

b. Doação: Trata-se de doação exclusiva para outro órgão ou esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas *f*, *h* e *i*. A restrição imposta a outra esfera de governo foi liminarmente suspensa pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 933-DF. No entanto, a Lei 11.481/07 (BRASIL, 2007) trouxe novamente a restrição, com ressalvas às alíneas *f* e *h*. Esta doação é condicionada, pois conforme redação do § 1º do inciso I, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora. Sendo também vedada a sua alienação pelo beneficiário.

c. Permuta: Trata-se de permuta de um imóvel pertencente à administração pública por outro imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha. É vedada a permuta de um bem imóvel por um bem móvel.

d. Investidura: A investidura ocorre em duas hipóteses previstas no § 3º do mesmo artigo, a saber:

I - a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse R\$ 40.000,00 (Quarenta mil reais)

II - a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão. (BRASIL, 1993)

e. Venda: Trata-se de venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo.

f. Alienação, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis para atender programas habitacionais de interesse social: Trata-se de alienação na forma gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou

efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública.

g. Procedimentos de legitimação de posse: Os procedimentos de legitimação de posse do ocupante de terras públicas de área contínua de até 100 (cem) hectares, que as tenha tornado produtivas com o seu trabalho e o de sua família, desde que não seja proprietário de imóvel rural e comprove a morada permanente e cultura efetiva, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição. Ficam dispensadas de autorização legislativa a pessoa natural que, nos termos da lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural situada na Amazônia Legal, superior a 1 (um) módulo fiscal e limitada a 15 (quinze) módulos fiscais, desde que não exceda 1.500ha (mil e quinhentos hectares), desde que se submetam as seguintes condições:

- I - aplicação exclusivamente às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1º de dezembro de 2004;
- II - submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo da destinação e da regularização fundiária de terras públicas;
- III - vedação de concessões para hipóteses de exploração não-contempladas na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas, ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico; e
- IV - previsão de rescisão automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade, ou necessidade pública ou interesse social. (BRASIL, 1993)

h. Alienação, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial dos programas de regularização fundiária de interesse social: Hipótese de alienação na forma gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública.

i. Alienação e concessão de direito real de uso de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal: Tem-se outra hipótese de alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais pertencentes à União na Amazônia Legal onde

incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais.

j. Concessão de título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis: O § 2º do art. 17 com redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005 (BRASIL, 2005), dispõe que a Administração também poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, dispensada licitação, quando o uso destinar-se:

I - a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel; ou

II - a pessoa natural que, nos termos da lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural situada na Amazônia Legal, superior a 1 (um) módulo fiscal e limitada a 15 (quinze) módulos fiscais, desde que não exceda 1.500ha (mil e quinhentos hectares).

Neste último caso, é dispensada a autorização legislativa, se obedecidos aos requisitos tratados nos procedimentos de legitimação de posse.

Na hipótese do inciso II, só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias; fica limitada a áreas de até quinze módulos fiscais, desde que não exceda mil e quinhentos hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite. Pode ainda ser cumulada com o quantitativo de área decorrente da figura prevista na alínea g do inciso I do caput do artigo 17, até o limite previsto no inciso II do parágrafo § 2ºB.

Conforme observação do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, embora o Caput do art. 17 fale em alienação, a concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso e a legitimação da posse, não são casos de alienação, embora nela possa ser converter, obedecendo algumas condições (MELLO, 2014).

Quando os bens forem móveis, dependerá de avaliação prévia, sendo a licitação dispensada nos seguintes casos:

k. Doação: É dispensada a licitação da doação para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação.

l. Permuta: Neste caso a permuta deve ser exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública. No entanto, tal restrição está liminarmente suspensa pelo Supremo Tribunal Federal pela ADI nº 933-DF para Estados, Distrito Federal e Municípios.

m. Venda de Ações: Venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica, tem sua licitação dispensada. No entanto, como a venda de ações não são feitas por servidores da administração pública, entendemos ser necessário licitação para a escolha da corretora.

n. Venda de Títulos: Da mesma forma, a venda de títulos, na forma da legislação pertinente, tem sua licitação dispensada. No entanto, aqui tratamos de títulos não negociáveis na bolsa de valores.

o. Venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades: Não seria razoável, exigir que e.g. a Petrobrás realizasse uma licitação para vender os bens que produz, pois esta é sua própria finalidade.

p. Venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe: Busca-se o melhor aproveitamento do patrimônio público que sofre deterioração pela falta de uso no decorrer do tempo. Neste caso, não cabe a permuta ou mesmo a doação.

Ao tratar dos casos em que a licitação poderá ser dispensada quando a Administração Pública objetiva a aquisição de bens e serviços, alguns pontos devem ser observados.

Nas hipóteses do art. 24 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), a dispensa de licitação deve ser acompanhada da justificativa prévia, ressalvado as hipóteses dos incisos I e II.

O ato que visa dispensar o procedimento licitatório deve mencionar todos as condições e termos em que o contrato administrativo será firmado.

É condição prévia para assinatura do contrato, a ratificação do ato da dispensa, que deverá ser assinado pela autoridade superior no prazo de (03) três dias e sua devida publicação na imprensa oficial do órgão ou entidade da Administração Pública no prazo de (05) cinco dias.

A dispensa deverá ser do rito previsto para a escolha da melhor proposta. Não se dispensa a análise da personalidade jurídica do futuro contratado, a dotação orçamentária, o

parecer técnico ou jurídico acerca da dispensa, a assinatura do contrato, ressalvada as hipótese do art. 62, a publicação do extrato do contrato, bem como, da regularidade fiscal, da qualificação técnica, da qualificação econômico-financeira, conforme o caso.

As hipóteses de dispensa quando a administração pública busca adquirir bens ou serviços, conforme lições da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014) podem ser divididas em quatro categorias: em razão do pequeno valor; em razão de situações excepcionais; em razão do objeto e em razão da pessoa.

q. Em razão do valor: Para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 15.000,00 (Quinze mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente (Inciso I); e para outros serviços e compras de valor até R\$ 8.000,00 (Oito mil reais) e para alienações, nos casos previstos na própria Lei de Licitações, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez (Inciso II).

r. Em razão de situações excepcionais:

- I. Nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem (Inciso III);
- II. Nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos (inciso IV);
- III. Quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas (inciso V);
- IV. Quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento (inciso VI);
- V. Quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a

apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas de sua desclassificação, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis. Sendo que persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços (inciso VII);

VI. Quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional (Inciso IX);

VII. Na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido (Inciso XI).

VIII. Para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público (Inciso XIV);

IX. Nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite de oitenta mil reais (Inciso XVIII);

X. Na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública (inciso XXVII);

XI. Para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão (inciso XXVIII).

s. Em razão do objeto:

I. Para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua

escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia (inciso X);

II. Nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia (inciso XII);

III. Para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade (inciso XV).

IV. Para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia (inciso XVII);

V. Para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto (inciso XIX);

VI. Para a aquisição de bens destinados exclusivamente a pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico (inciso XXI);

VII. Na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida (inciso XXV).;

VIII. Na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força (inciso XXIX);

IX. Na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal (inciso XXX);

X. Nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004), a qual dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, observados os princípios gerais de contratação dela constantes (inciso XXXI);

XI. Na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a qual dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes (BRASIL, 1990), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica (inciso XXXII);

XII. Na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água (inciso XXXIII).

t. Em razão da pessoa:

I. Para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (inciso VIII);

II. Na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos (inciso XIII);

III. Para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico (inciso XVI);

IV. Na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (inciso XX);

V. Na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica (inciso XXII);

VI. Na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção

de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (inciso XXIII);

VII. Para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão (inciso XXIV);

VIII. Na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação (inciso XXVI).

Ainda em relação a pessoa, a Lei n.º 8.958/94 prevê que as Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e as demais Instituições Científicas e Tecnológicas - ICTs, poderão celebrar convênios e contratos, por prazo determinado, com fundações instituídas com a finalidade de apoiar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos.

A Lei n.º 11.947/2009 criou a possibilidade de aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas, dispensando-se o procedimento licitatório, desde que os preços sejam compatíveis com os vigentes no mercado local, observando-se os princípios inscritos no art. 37 da Constituição Federal, e os alimentos atendam às exigências do controle de qualidade estabelecidas pelas normas que regulamentam a matéria (BRASIL, 2009).

Conforme observa Celso Antônio Bandeira de Mello (2014), a MP 449, de 03 de dezembro de 2008, prevê a possibilidade dos responsáveis pela cobrança da Dívida Ativa da União, de contratarem por dispensa de licitação instituição financeira pública de notória competência em recuperar créditos não pagos, para realizar os procedimentos de satisfação amigável dos créditos inscritos.

Cabe mencionar que tal MP ainda não foi regulamentada pelo Congresso Nacional, estando pendente sua conversão em lei ou mesmo rejeição.

É dispensável a licitação para contratação da empresa pública Amazônia Azul Tecnologias de Defesa S.A. - Amazul pela administração pública para realizar as atividades que busquem promover, desenvolver, absorver, transferir e manter tecnologias necessárias às atividades nucleares da Marinha do Brasil e do Programa Nuclear Brasileiro -

PNB; promover, desenvolver, absorver, transferir e manter as tecnologias necessárias à elaboração de projetos, acompanhamento e fiscalização da construção de submarinos para a Marinha do Brasil e gerenciar ou cooperar para o desenvolvimento de projetos integrantes de programas aprovados pelo Comandante da Marinha, especialmente os que se refiram à construção e manutenção de submarinos, promovendo o desenvolvimento da indústria militar naval brasileira e atividades correlatas, conforme disposição da Lei n.º 12.706/2012 (BRASIL, 2012).

Há ainda os casos em que a licitação é inexigível por ser inviável a competição. Neste caso, há uma inviabilidade fática. Assim mesmo que a Administração Pública, desejasse realizar a licitação, seria inviável devido a absoluta ausência de interessados.

A Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993) traz em seu art. 25, três hipóteses nas quais não caberia a licitação, por inviabilidade de se realizar o procedimento licitatório, sem prejuízos de outras hipóteses, ou seja, o rol do art. 25 é exemplificativo. Assim poderá surgir situações que não se amoldem nas definições dos incisos I, II e III, do art. 25, mas com fundamento no seu Caput.

Conforme redação do art. 25, será inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial nas seguintes situações:

- a. para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes (inciso I);
- b. para a contratação de serviços técnicos relativos a estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; pareceres, perícias e avaliações em geral; assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; e restauração de obras de arte e bens de valor histórico. Estes serviços devem possuir natureza singular, devendo ser realizados por profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação (inciso II);

- c. para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (inciso III).

Da mesma forma, o ato que visa inexigir o procedimento licitatório deve mencionar todos as condições e termos em que o contrato administrativo será firmado.

É condição prévia para assinatura do contrato, a ratificação da declaração de inexigibilidade, que deverá ser assinado pela autoridade superior no prazo de (03) três dias e sua devida publicação na imprensa oficial do órgão ou entidade da Administração Pública no prazo de (05) cinco dias.

A inexigibilidade deve ser justificada. Deve se analisar entre outros, os aspectos tais como a dotação orçamentária, o parecer técnico ou jurídico acerca da dispensa, a assinatura do contrato, ressalvada as hipóteses do art. 62, a publicação do extrato do contrato, bem como, da regularidade fiscal, da qualificação técnica, da qualificação econômico-financeira, conforme o caso.

7 ASPECTOS PENAIIS E PROCESSUAIS PENAIIS

O legislador entendeu por classificar as condutas socialmente reprováveis como crimes e contravenções. Crime é a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa. Já as contravenções são as infrações penais a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente, conforme redação do art. 1º do Decreto-Lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941 (BRASIL, 1941).

A Lei de Licitações regulou de forma específica a tutela penal relativa aos crimes cometidos no curso do procedimento licitatório.

Sendo lei específica, a Lei nº 8.666/93 é aplicada em preferência ao Código Penal. No entanto, nada impede que a lei penal ordinária, continue sendo aplicada de forma subsidiária.

Por se tratar de lei específica, tem-se um conceito diferente de funcionário público, daquele tratado nos artigos 327 e 337-D do Código Penal. A Lei de Licitações prevê no art. 84 que:

Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego

público. §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. (BRASIL, 1993)

Desta forma não se poderia aplicar o conceito de funcionário público do Código Penal, tendo em vista que conforme determinação do art. 12 do próprio Código de 1940, a lei especial dispôs de modo diverso.

Os crimes previstos na Lei nº 8.666/93, de forma geral admitem a tentativa, conforme redação do seu art. 83. Sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Em relação a pena de multa, a Lei de Licitações (BRASIL, 1993) estabeleceu que seria aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade em todos os seus crimes, inclusive o previsto no art. 89.

O art. 99 da citada lei, estabelece que a pena pecuniária consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente. Dispõe que os índices aplicados não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação. Sendo que o produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.

Conforme Seção IV do Capítulo IV da Lei de Licitações (BRASIL, 1993) os crimes de licitação são de ação pública incondicionada, cabendo ao Ministério Público promovê-la. Admite-se, porém, a ação penal privada subsidiária da pública, se esta não for ajuizada no prazo legal, aplicando-se, no que couber, o disposto nos arts. 29 e 30 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1940).

Qualquer pessoa poderá embasar a iniciativa do Parquet, oferecendo-lhe informações sobre o fato e sua autoria por escrito ou verbalmente.

Dispõe a Lei que recebida a denúncia e citado o réu, este terá este o prazo de 10 (dez) dias para apresentação de defesa escrita, contado da data do seu interrogatório, podendo juntar documentos, arrolar as testemunhas que tiver, em número não superior a 5 (cinco), e indicar as demais provas que pretenda produzir.

Depois de ouvidas as testemunhas da acusação e da defesa e praticadas as diligências instrutórias deferidas ou ordenadas pelo juiz, abrir-se-á, sucessivamente, o prazo de 5 (cinco) dias a cada parte para alegações finais.

Decorrido esse prazo, os autos devem estar conclusos dentro de 24 (vinte e quatro) horas, tendo o juiz o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença. Este prazo, no entanto, é considerado impróprio.

De acordo com a regra geral, o recurso contra a sentença é a apelação, a qual deve ser interposta no prazo de 5 (cinco) dias.

Aplica-se subsidiariamente, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal no processamento e julgamento das infrações penais definidas na Lei de Licitações.

Especificamente em relação ao crime previsto no artigo 89 da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), entende-se que o dispositivo tem como objetividade jurídica a moralidade administrativa, a lisura nas concorrências e isonomia entre os licitantes, visando impedir que as hipóteses de contratação direta sejam ampliadas ou realizadas a qualquer modo.

O sujeito ativo deste crime é o servidor público, no conceito do art. 84 da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993). Tem como sujeito passivo a pessoa lesada, seja a União, Estado-membro, Distrito Federal, Município, autarquia, fundação, empresa pública, sociedade de economia mista ou entidade controlada pela Administração Pública.

O Parágrafo Único do art. 89 (BRASIL, 1993), erigiu a coparticipação daquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

A consumação do crime ocorre com contratação do bem, obra ou serviço sem licitação.

A conduta pode comissiva quando o agente dispensa a licitação e omissiva quando não se observa o atendimento dos requisitos legais impostos às hipóteses de contratação direta.

Carlos Roberto M. Pellegrino (2011, p. 25, grifo do autor), entende que “A conduta da *inexigibilidade* constitui-se no chamado *crime omissivo próprio*, ou seja, uma ação típica que se realiza com a abstenção do sujeito ativo ao comando do preceito legal que impõe um *fazer*”.

O elemento subjetivo é o dolo. Implica na vontade livre e consciente em dispensar ou inexigir o cumprimento das imposições, formalidade ou requisitos impostos pela lei.

Não foi prevista a modalidade culposa, assim, se o funcionário não vier a exigir licitação por imprudência, negligência ou imperícia não terá praticado o delito, o que não impede que seja, tal funcionário público, responsabilizado administrativamente.

É admissível o dolo eventual, quando o agente tendo dúvida acerca da contratação direta, assume o risco de dispensar ou inexigir a licitação.

O preceito secundário do art. 89 da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993) estabeleceu a pena de detenção, de três a cinco anos, e multa.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analizado os casos de dispensa de licitação, licitação dispensada e inexigibilidade de licitação, as hipóteses previstas em lei de dispensa e inexigibilidade de licitação, bem como, outras hipóteses previstas em lei que não contempladas na Lei nº 8.666/93 e as formalidades inerentes a contratação direta sem licitação, conclui-se que o gestor público que dispensar um processo licitatório ou mesmo inexigir este procedimento, ou seja, não exigir que a contratação da administração pública com terceiros sem posta mediante procedimento de licitação, em situações não prevista em lei e não observar as formalidades exigidas para o caso de dispensa ou inexigibilidade, comete-se o crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93.

Desta forma, para que não incorra no crime em tela, deve o gestor público, ao realizar a contratação direta, observar primeiramente se tal hipótese está prevista em lei, em seguida, caso exista a previsão legal, observar as formalidades exigidas para cada caso.

Ressalta-se o disposto no parágrafo único do art. 89º qual reza que se comprovado que o particular concorreu para consumação da contratação ilegal, vindo a se beneficiar da dispensa ou inexigibilidade de licitação, deverá incorrer também na mesma pena prevista no preceito secundário do citado artigo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal (1940). Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Institui o código penal. Promulgado em 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 17 nov. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 nov. 2015.

BRASIL. Lei de Introdução ao Código Penal (1941) Decreto-Lei n.º 3.914 de 09 de dezembro de 1941. Institui a Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da

Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Promulgada em 9 de dezembro de 1941. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 dez. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3914.htm>. Acesso em: 17 nov. 2015.

BRASIL. Lei de Licitações e Contratos (1993). Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Promulgada em 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 21 out. 2015.

BRASIL. Lei n.º 6.383 de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o Processo Discriminatório de Terras Devolutas da União, e dá outras Providências. Promulgada em 7 de dezembro de 1976. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6383.htm>. Acesso em: 21 out. 2015.

BRASIL. Lei n.º 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Promulgada em 19 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 21 out. 2015.

BRASIL. Lei n.º 8.958 de 20 de dezembro de 1994. Dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio e dá outras providências. Promulgada em 20 de dezembro de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 dez. 1994. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8958.htm>. Acesso em: 21 out. 2015.

BRASIL. Lei n.º 10.973 de 02 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Promulgada em 2 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm>. Acesso em: 03 nov. 2015.

BRASIL. Lei n.º 11.196 de 21 de novembro de 2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, [entre outros,] e dá outras providências. Promulgada em 21 de novembro de 2005. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 nov. 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11196.htm>. Acesso em: 03 nov. 2015.

BRASIL. Lei n.º 11.481 de 31 de maio de 2007. Dá nova redação a dispositivos das Leis n.ºs 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 9.514, de 20 de novembro de 1997, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-Leis n.ºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, 1.876, de 15 de julho de 1981, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. Promulgada em 31 de maio de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 maio 2007. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11481.htm>. Acesso em: 04 nov. 2015.

BRASIL. Lei n.º 11.947 de 16 de junho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica; altera as Leis n.ºs 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da Medida Provisória n.º 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a Lei n.º 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências. Promulgada em 16 de junho de 2009. **Diário Oficial da União**. Brasília, 17 jun. 2009. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111947.htm>. Acesso em: 22 out. 2015.

BRASIL. Lei n.º 12.304 de 02 de agosto de 2010. Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA) e dá outras providências. Promulgada em 2 de agosto de 2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12304.htm>. Acesso em: 08 nov. 2015.

BRASIL. Lei n.º 12.706 de 08 de agosto de 2012. Autoriza a criação da empresa pública Amazônia Azul Tecnologias de Defesa S.A. - AMAZUL e dá outras providências. Promulgada em 12 de agosto de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 ago. 2012. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112706.htm>. Acesso em: 09 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processos. Acórdão. Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 933. Relator Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça**, 25 fev. 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=933&processo=933>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

PELLEGRINO, Carlos Roberto Mota. Aspectos penais das licitações e contratos administrativos: doutrinas essenciais de direito penal econômico e da empresa. **Revista dos Tribunais**, v. 4, p. 25, jul. 2011.