



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ECONOMIA

UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
FACE- FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO CIÊNCIAS CONTÁBEIS E
ECONOMIA

EDUARDO DE SOUZA NONATO

EPISTEMOLOGIA DA CORRUPÇÃO E FRAUDE EM COMPRAS E LICITAÇÕES
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

DOURADOS/MS

2015

EDUARDO DE SOUZA NONATO

**EPISTEMOLOGIA DA CORRUPÇÃO E FRAUDE EM COMPRAS E LICITAÇÕES
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia, apresentada a Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados, a fim de cumprir requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Administração. Trabalho feito Sob a orientação do Professor Me. Arthur Ramos do Nascimento.

DOURADOS/MS

2015

**EPISTEMOLOGIA DA CORRUPÇÃO E FRAUDE EM COMPRAS E LICITAÇÕES
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

EDUARDO DE SOUZA NONATO

Esta monografia foi julgada adequada para aprovação na disciplina de trabalho de graduação II, que faz parte dos requisitos para a obtenção do título de bacharel em Administração pela faculdade de Administração, Ciências Contábeis e Economia – FACE da Universidade Federal da grande Dourados – UFGD.

Prof. Me. Arthur Ramos do Nascimento
Presidente

Prof. Me. Amilton Luiz Novaes
Avaliador

Prof. Me. Antonio Zeferino da Silva Junior
Avaliador

Dedico a todos que ainda acreditam em uma Gestão Pública transparente e humana, que cumpra com seus deveres e zele pelos Princípios Constitucionais.

AGRADECIMENTOS

A minha família, em especial meus pais Maria Inês e Juarez que me deram a vida e sempre me incentivaram a buscar o conhecimento e andar pelo caminho do bem.

Aos meus amigos em especial Bruno, Marília, Rodrigo, Gilberto e Hebert, que sempre estão presentes na minha vida e me deram incentivo na pesquisa.

A UFGD por terem me recebido de braços abertos. Pelo crescimento pessoal e intelectual proporcionado nos últimos anos e ainda por ter me proporcionado cursar uma Graduação.

Ao Departamento de Polícia Federal e aos amigos da Delegacia de Dourados, por serem a minha inspiração no combate aos crimes contra o dinheiro público no País.

Agradeço aos grandes mestres com quem tive o prazer de aprender dentro e fora de sala de aula, em especial àqueles que me inspiram, por não desistir da educação pública de qualidade.

Ao meu orientador, Professor Arthur, que mesmo sendo da faculdade de Direito e Relações Internacionais (FADIR), aceitou me orientar nessa pesquisa e esteve disposto em me auxiliar para que eu alcançasse um bom trabalho na monografia.

RESUMO

Com a finalidade de abordar o óbice corrupção e fraude nas compras e licitações da Administração Pública de modo a arrolar alguns elementos relevantes da legislação, da burocracia, dos procedimentos, de controle e da aplicação penal, pertinentes ao tema, a pesquisa pretendeu fazer uma análise crítica das causas ou motivos que facilitam a ação criminosa de agentes, sejam esses sujeitos internos ou externos à Administração, que se utilizam de prerrogativas daqueles que ocupam cargo público para desviar ou subtrair dinheiro público, por meio de fraudes, conluíus, facilitações, ofertas de vantagens indevidas, fenômeno esse que causa vastos danos a qualidade da prestação dos serviços públicos. O tema da pesquisa tem ligação a correta gestão dos recursos públicos e tomou espaço com a notoriedade que ganharam os casos de corrupção no Governo, situação em que o dinheiro público tem sido desviado de sua finalidade para atender a interesses particulares, dessa forma buscamos encontrar mecanismos que visem evitar a possibilidade de ação criminosa e corrupta nas compras e licitações da Administração Pública.

Palavras-chave: Corrupção; fraude; compras; licitações; Administração Pública.

ABSTRACT

with the objective of discourse about corruption and fraud in procurement and bidding of public administration in order to enlist some relevant elements of the legislation, bureaucracy, the processes, control and criminal enforcement, relevant to the topic, research intended to do one Analí up criticizes the causes or reasons that facilitate criminal activity agents, are these subjects in-suits or external to the Administration, which use prerogatives of those in public office to deflect or subtract public money through fraud, stunts, facilitations, offers of undue advantages, a phenomenon that causes extensive damage to the quality of delivery of public service-vices. The theme of the research is linked to proper management of public resources and is gaining ground with the notoriety that won the cases of corruption in government, in which the public di-neer has been diverted from its purpose to serve the particular interests, this is -ma seek to find mechanisms that aim to avoid the possibility of criminal and corrupt action in purchasing and procurement Public Administration.

Key words: Corruption; scam; purchases; bids; Public administration.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
1.1 DEFINIÇÃO DA PROBLEMATICA.....	12
1.2 OBJETIVOS.....	13
1.2.1 Objetivo Geral	13
1.2.2 Objetivos Específicos	13
1.3 JUSTIFICATIVA.....	13
2. METODOLOGIA.....	16
2.1. FERRAMENTAS DE PESQUISA.....	17
3. ABORDAGEM TEÓRICA, DOUTRINÁRIA E JURÍDICA.....	19
3.1. REFERENCIAL TEÓRICO.....	19
3.2 ANÁLISES CONCEITUAIS E CONTEXTUALIZAÇÃO TEMÁTICA	22
3.2.1.EPISTEMOLOGIA – conceito.....	22
3.2.2.ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	23
3.2.3.CORRUPÇÃO – conceito.....	26
3.2.4.FRAUDE.....	27
3.2.5.COMPRAS.....	29
3.2.6.LICITAÇÕES.....	30
3.2.7.PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	30
3.3.ABORDAGEM LEGISLATIVA SOBRE A CORRUPÇÃO E FRAUDE EM COMPRAS E LICITAÇÕES DO PODER PÚBLICO.....	35
3.3.1. BUROCRACIA DOS PROCESSOS E PROCEDIMENTOS.....	35
3.3.1.1 Conceito de burocracia.....	35
3.3.1.2. Desvirtuamento da burocracia nas situações de “lesa cidadão” (ou “lesa erário público”).....	36
3.3.2 PENALIZAÇÃO DOS ATOS IRREGULARES.....	36
3.3.2.1. Previsão das práticas no Código Penal.....	37
3.3.2.2 Previsão especial na Lei de Licitações e outras.....	43
3.4 AS ESFERAS DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DOS AGENTES PÚBLICOS NAS DIMENSÕES PENAL, ADMINISTRATIVA E CIVIL.....	54
3.4.1 RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	54
3.4.2.RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS.....	58
3.4.2.1. Responsabilidade Penal.....	60
3.4.2.2. Responsabilidade Administrativa.....	61
3.4.2.3. Responsabilidade Civil.....	62
4. DISCUSSÃO	63
4.1. CASUÍSTICAS DE CORRUPÇÃO E FRAUDE EM PROCEDIMENTOS	63
4.2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DAS PRÁTICAS DE “LESA CIDADÃO” (ou “lesa erário público”).....	68
4.2.1. Jurisprudência e a importância da compreensão dos entendimentos judiciais.....	68
4.2.2. Apreciação jurisprudencial nas licitações do Poder Público.....	69
4.3. LEVANTAMENTO DE BOAS PRÁTICAS: Caso do Estado do Ceará.....	73

5. CONCLUSÃO.....	75
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	77

1. INTRODUÇÃO

A corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e econômica, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos (Convenção interamericana contra a corrupção – Decreto 4.410/02).

O presente trabalho de pesquisa versa sobre os aspectos relacionados ao desvio de dinheiro público no Brasil, em projetos do Poder Público Federal e repasses feitos pelo mesmo aos seus Ministérios, aos Estados, Municípios, entidades autárquicas e OSCIP's (Organização da sociedade civil de interesse público). Constitui-se o presente estudo, de uma abordagem específica das nuances, legislação pertinente, estudos de casos nacionais e internacionais das modalidades de corrupção e fraude em compras e licitações do Poder Público.

A matéria de corrupção e fraude auferida nesse estudo científico está arrolada no Código Penal Brasileiro (CPB) e em legislações esparsas aos crimes de: corrupção ativa¹, corrupção passiva², lavagem de dinheiro³, impedimento, perturbação ou fraude de concorrência⁴, peculato⁵, emprego irregular de verbas ou rendas públicas⁶, prevaricação⁷, e demais crimes referentes aos procedimentos de licitação, previstos na Lei 8666/93⁸

Para Andreski (1968) (*apud* SILVA, 1996, p.3) “corrupção é a prática do uso do poder do cargo público para a obtenção de ganho privado a margem das leis e regulamentações em vigor”. O ato de corromper-se é quando dois agentes, um corrupto e um corruptor se aliam para levar

¹ Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício (CPB, Art.333)

² Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem (CPB, Art. 317)

³ Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (LEI 9613/98, Art.1º)

⁴ Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça fraude ou oferecimento de vantagem (CPB, Art. 335)

⁵ Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio (CPB, Art.312)

⁶ Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei (CPB, Art.315)

⁷ Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. (CPB, Art. 319)

⁸ Os crimes estão previstos nos Artigos 89,90,91,92,93,94,95,96,97 e 98 da Lei 8666/93.

vantagem sobre as relações público-privadas, envolvendo suborno, pagamento de propina, facilitação de serviços e desvio de dinheiro (SILVA, 1996, p.3). É difícil medir o custo da corrupção para o país, pois, não há o conhecimento de todas as situações pertinentes. Levando em conta fatos notórios de desperdício de dinheiro público, a corrupção percebida no Brasil, segundo relatório da Federação das indústrias de São Paulo - FIESP (2010, p. 04-05), varia entre R\$ 41,5 R\$ 69,1 bilhões por ano, o que vai de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB).

Por certo não é uma questão recente. O fenômeno da corrupção no Brasil Colônia já havia sido relatado pelo Padre Antônio Vieira em documento de 1656 endereçado ao rei de Portugal Dom João IV com o intuito de alertá-lo sobre os malfeitos dos gestores do tesouro de Portugal⁹. Mais tarde esse relato tornou-se o livro chamado “A arte de furtar”. (VIEIRA, 1656)

Hoje, a prática da corrupção no âmbito do Poder Público tem sido destaque nos veículos midiáticos, por denúncias, processos e condenações criminais, com certa frequência. Deste modo, é identificada a existência de possibilidades de um agente público subtrair quantia financeira destinada a atender o interesse público ou de levar vantagem no cumprimento de sua função. Tal feito, segundo Castro (2010, p. 01) pode ser consequência da falta de participação política da sociedade, bem como insuficiência de mecanismos de transparência que permitam a visualização da aplicação financeira de recursos públicos.

É notório o quanto a sociedade composta de usuários do serviço público é prejudicada com a má qualidade dos serviços prestados. O guia anticorrupção na América¹⁰ menciona que a luta contra a corrupção é essencial para o êxito na erradicação da pobreza e que muitos estudos sobre o tema mostraram que os mais afetados com a corrupção são os pobres¹¹. A mesma convenção conclui que a corrupção viola os direitos humanos por diminuir a qualidade e o acesso ao serviço público e é um atentado contra a democracia representativa. (DELL, 2006, p.86)

As áreas de estudo economia, contabilidade e administração têm uma ligação estreita com o estudo da corrupção. Liga-se a Economia por se tratar de um feito que envolve a escassez de recursos e o custo de oportunidade. Refere-se à Contabilidade que estuda, interpreta e registra os fenômenos que afetam o patrimônio de uma entidade e à Administração que é responsável pela

⁹ Apesar da atribuição da autoria ser dada ao Padre Antônio Vieira, ainda persistem dúvidas da sua real autoria.

¹⁰ Este guia é baseado nas principais convenções anticorrupção vigentes na América: A convenção da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU), sendo a convenção interamericana contra a corrupção da OEA de 1996 e a convenção contra a corrupção das nações unidas de 2003.

¹¹ Comentário de Cesar Gaviria, Ex secretário Geral da OEA. *Convenciones Anticorrupción en América*. (DELL, 2006 p.2)

gestão dos recursos tanto financeiros, materiais ou humanos em uma organização de natureza pública ou privada.

De modo específico, quando se fala em compras e licitações do setor público, verifica-se que compras são “toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente”¹². Licitação é procedimento que visa a escolha da proposta mais vantajosa, com observância da isonomia da concorrência das Instituições, e à promoção do desenvolvimento nacional sustentável¹³ para que tendo chegado a um vencedor possa formalizar o contrato com a iniciativa privada.

A Lei Nº 8666/93 regulamenta o Artigo 37, inciso XXI da Constituição de 1988 e foi criada com o objetivo de regulamentar a formalização de contratos do Poder Público com a iniciativa privada. Foca em evitar o desvio de dinheiro na execução desses contratos, garantir a qualidade dos serviços prestados ou dos bens adquiridos para que possam atender a finalidade pública e também garantir os direitos de igualdade de concorrência. Essa Lei deve ser observada nos atos administrativos que envolvem compras e licitações dos poderes da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios.¹⁴

1.1 DEFINIÇÃO DA PROBLEMATICA

A questão levantada concerne colocar em pauta a prática da corrupção e fraudes em compras e licitações da Administração Pública como um problema que afeta a qualidade da gestão de recursos financeiros, assim como a qualidade dos serviços prestados ao cidadão. Busca-se uma análise crítica de modo a encontrar os elementos sejam eles jurídicos, punitivos, burocráticos, processuais ou de controle, que afetam positiva ou negativamente a ação do agente público, gestor do setor de compras e licitações, no cumprimento de sua função. Trata-se de uma matéria de importância transdisciplinar, o que a coloca num campo de apreciação compartilhada do administrador, do jurista, do cientista político, do sociólogo, entre outros. Há que se considerar que a compreensão da fraude e da corrupção como um problema sistêmico na máquina administrativa, se mostra como necessidade tanto da academia quanto dos órgãos da Administração Pública.

¹² LEI 8666/93, Art. 6º, Inciso III

¹³ LEI 8666/93, Art. 3º

¹⁴ Assim como algumas entidades da Administração Indireta

1.2 OBJETIVOS

1.2.1 OBJETIVO GERAL

O fim precípua desse trabalho é identificar algumas lacunas existentes nos processos de compras e nos procedimentos de licitações, que permitem a possibilidade de um agente público isolado ou em conchavo com terceiros, utilizando de má-fé, vir a ter benefícios próprios em detrimento do interesse da coletividade no cumprimento de sua função.

1.2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Explicitar a existência do fato na Administração Pública, por meio de revisão Bibliográfica das pesquisas sobre corrupção e fraude.
- Analisar procedimentos e técnicas utilizadas nesses processos, juntamente com as características do desvio de dinheiro público de verbas Federais.
- Identificar os aspectos de punição legal do agente e sua efetiva aplicação.
- Apontar condutas identificadas em licitações, execução de contratos, compras e prestação de contas que sinalizam a possível realização de prática criminosa contra a Administração Pública.
- Descrever casos *ex post facto*¹⁵ de corrupção e fraude, que já foram submetidos a investigações pelas autoridades competentes.
- Analisar caso concreto que conseguiu diminuir em grande parte números de corrupção nos processos de compras e licitações.

1.3 JUSTIFICATIVA

O presente estudo propõe-se a aprofundar a questão do objeto de estudo a fim de contribuir para o âmbito tanto científico quanto de interesse público, considerando a insuficiência de pesquisas sobre o tema abordado, que delineiam o foco em compras e licitações. Também se desenvolve observando a aplicabilidade desses instrumentos dentro de uma problemática que atinge de forma negativa os serviços prestados pela Administração Pública à sociedade.

¹⁵ Termo do Latim, referente a “Por fato posterior” ou fatos que já ocorreram.

O tema abordado foi levantado haja vista a precariedade dos serviços públicos que são oferecidos pela Administração Pública no Brasil quando considerada a carga tributária que é paga no País¹⁶. Segundo pesquisa feita pelo CNI-IBOPE¹⁷, 87% da população brasileira considera a carga tributária demasiadamente pesada no País. Na mesma pesquisa 81% dos entrevistados concordaram que considerando o valor dos impostos, os serviços Públicos prestados deveriam ser melhores (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2011, p.10-15).

Ao considerar a qualidade dos serviços públicos oferecidos e os níveis de corrupção apontados no País, faz-se fundamental tratar como baixos os níveis de eficiência na gestão dos recursos compostos das receitas totais percebidas e dispostas para utilização no orçamento público anual da respectiva esfera de Poder seja ela Federal, Estadual ou Municipal. Um ponto que corrobora para que se verifique uma crise de legitimidade por parte das esferas do Poder Governamental se encontra na má prestação de serviços públicos e no não alcance dos interesses coletivos. A carga de impostos que deveriam subsidiar programas de ação e políticas públicas sociais se apresentam discordantes, o que gera um sentimento de insatisfação para o contribuinte (e para o cidadão de um modo geral), posto que os recursos estão sendo desviados para fins espúrios.

Segundo Castro (2010, p.34), fraudes em licitações e contratos com o emprego de empresas inidôneas são o principal tipo de corrupção na execução de despesas públicas municipais e que pode haver a existência dessa prática também na administração Federal. O mesmo autor sustenta que a ação criminosa ganha espaço devido a fragilidade do processo orçamentário e à certeza da impunidade àqueles que praticam tais atos criminosos. A imagem que a sociedade brasileira tem da máquina administrativa e do próprio corpo político não é das melhores: a impunidade e a banalização da corrupção.

De modo a restringir o campo da pesquisa para abranger e analisar o maior número de elementos possíveis envolvidos na prática da corrupção, o cerne da pesquisa será fraude em licitações no âmbito da Administração Pública Federal. Para tanto indicar-se-ão conceitos necessários para a melhor compreensão do tema, demonstrando que o recorte teórico e metodológico da abordagem se justificam em função da complexidade do problema.

¹⁶ Pode-se explicar de forma simples que a lógica da cobrança de tributos (impostos) perpassa pela necessidade de manutenção do Estado (máquina estatal) e, dentro da lógica de prestação em prol dos subordinados, especialmente no âmbito do Estado Social, é de servir como fonte de renda para que o Estado possa arcar com os direitos e garantias fundamentais, serviços de saúde, segurança, educação etc.. Se não há uma contraprestação equivalente, o que se verifica é uma completa crise de legitimidade na cobrança desses valores.

¹⁷CNI – Confederação Nacional da indústria. IBOPE – Instituto Brasileiro de opinião pública e estatística.

A execução da despesa é a etapa do orçamento público¹⁸, deve ser monitorada e tratada com primazia, para evitar o desvio de finalidade dos recursos disponíveis aos órgãos e entidades da administração direta¹⁹ e indireta²⁰, faz-se necessário melhorar os mecanismos de controle e integrar medidas que impedem o desvio da finalidade do dinheiro público. É possível afirmar que o orçamento público é um instrumento de suma importância para a Administração Pública, visto que é dentro dos limites estabelecidos que se faz possível a projeção (pela estimação da receita e fixação das despesas), planejamento (especificando as categorias de despesas) e execução dos planos de ação e políticas públicas necessárias. É o orçamento quem define, controla e limita os gastos públicos, dando (ao menos em tese) transparência ao processo mediante a prestação de contas que estará à disposição do contribuinte.

Levando em conta que a inexistência de desvios na utilização dos recursos públicos somaria cerca de R\$ 41,5 a R\$ 69,1 bilhões por ano ao atendimento da sua finalidade precípua. O valor que ora foi apontado em relatório do - FIESP (2010, p. 4-5), medidas inibidoras do seu desvio teriam impacto positivo tanto na qualidade de vida da sociedade quando no avanço do desenvolvimento Nacional, por estar diretamente relacionada à disponibilidade de investimento em programas de governo que visam fortalecer a indústria nacional e ampliar a oferta de empregos.

O Desenvolvimento humano dos brasileiros que é medido pelo índice de desenvolvimento humano (IDH), índice avaliado pelo programa das nações unidas para o desenvolvimento (PNUD), também seria afetado positivamente com a diminuição da corrupção, pois o mesmo é avaliado considerando a qualidade na saúde, na educação e o padrão de vida dos habitantes de uma nação.

Na perspectiva da Economia, a corrupção pode propiciar a geração de déficits fiscais o que vem a contribuir para o aumento da inflação. Segundo Paolo Mauro, no ramo de investimentos, o conhecimento de corrupção local pode desestimular o investidor privado, pela incerteza do sucesso do investimento. Fatos estes que afetam negativamente o crescimento e o desenvolvimento do País (MAURO, 1995, *apud* CARRARO *et al.*, 2006, p. 2).

¹⁸ Por orçamento público entendemos o “ato pelo qual o Poder Executivo prevê e o Poder Legislativo lhe autoriza, por certo período, e em pormenor, a execução das despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.” (BALEEIRO, 1997, p. 411). Como é possível observar o orçamento vai muito além de meros documentos autorizadores de despesas, ele representa planejamento e um plano governamental.

¹⁹ Administração direta: “se constitui de serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da república e dos Ministérios”. (DIPIETRO, 2014, p.58)

²⁰ Administração indireta: compreende as seguintes entidades dotadas de personalidade jurídica: Autarquias, empresas Públicas, sociedade de economia mista e fundações públicas. (DIPIETRO, 2014, p.58)

De acordo com Fernanda Marinela (2014, p.19), a natureza da Administração Pública, enquanto atividade administrativa²¹, é de *múnus público*. Desta forma quem a exerce tem o dever de defender, conservar e aprimorar os bens, serviços e interesses da coletividade, não se admitindo o intento de outros interesses.

Pautando-se no princípio da isonomia, entre outros, a lei 8666/93 foi criada para regulamentar os procedimentos de licitações e contratos da administração pública no âmbito dos poderes da união, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O procedimento de licitação visa a satisfação do interesse público e conforme o Art. 3º da Lei 8.666/93,

“...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 lhe são correlatos.”

Conforme exposto no artigo 3º da lei 8.666/93, proceder contra os princípios nela expostos na execução de um procedimento licitatório atenta contra a função atribuída ao servidor e ao Estado, e prejudica enormemente o desenvolvimento da nação. O guia anticorrupção na América (DELL, 2006, p.3) afirma que a corrupção é uma manifestação das fragilidades institucionais, baixos padrões morais e falta de aplicação da lei. Além disso, dessa reflexão decorre uma clara agressão aos direitos humanos, visto que o desvio de verbas (especialmente pela corrupção) impede que serviços básicos (como saúde, educação, infraestrutura) cheguem à população e lhe garanta dignidade.

As causas da não aplicação da lei ou não uso das leis que regulamentam os processos administrativos no Brasil serão objeto de estudo neste trabalho por ser referenciada como uma das prováveis causas dos índices de corrupção no país. Também o serão outros fatores como a impunidade aos agentes do ato *corruptivo* e a falta de transparência nos procedimentos licitatórios e execução dos contratos Público-Privados.

2. METODOLOGIA DO TRABALHO

O presente trabalho científico utilizará de conhecimentos que têm a pretensão de identificar meios de solucionar uma problemática pública, a Corrupção. Na perspectiva de sua

²¹ Atividade administrativa: “é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade, de âmbito Federal, Estadual e Municipal...” “Representa toda a atividade desenvolvida pela Administração...” (MARINELA, 2014, p.19)

natureza, será uma “pesquisa aplicada, pelo seu objetivo de gerar conhecimentos para aplicação prática, dirigida à solução de problemas específicos” (MORESI, 2003, p.8).

O objetivo central da pesquisa é explorar a fragilidade do processo orçamentário brasileiro de modo a servir de estímulo para que tanto o poder legislativo Federal, Estadual e Municipal, adotem medidas para coibir ação criminosa de agentes corruptos e corruptores que no cumprimento de suas funções na gestão pública, possam agir de forma adversa ao interesse público. Esse aspecto, bastante controvertido e complexo, exige uma metodologia também mista e abrangente.

A pesquisa abrange a revisão bibliográfica conceitual para expor o problema tido como objeto da pesquisa. Ao segundo passo o estudo explana a legislação pertinente que rege o processo orçamentário, e regulamenta o procedimento de compras e licitações na Administração Pública Federal, assim como a previsão legal para os crimes cometidos contra o patrimônio público. Subsequentemente são apresentados estudos de caso de relatórios de investigações dos crimes em destaque neste trabalho, buscando-se fazer uma análise fundamentada das possíveis causas identificadas que favorecem a ação criminosa no procedimento administrativo, ao fim, utilizaremos como exemplo de caso de sucesso o portal de compras do Estado do Ceará, que obteve êxito no controle da destinação de verba Pública.

Quanto aos fins ela tem característica de ser uma pesquisa metodológica, tal tipo está “associada a caminhos, formas, maneiras e procedimentos para atingir determinado fim” (MORESI, 2003, P.9). Para confrontar as teorias que circundam o tema valemo-nos da dialética legal, doutrinária e jurisprudencial atinente a questão (LAKATOS; MARCONI, 2003, p.100).

2.1.Métodos de investigação

Método monográfico: Foi criado por Le Play, parte do princípio que qualquer caso quando estudado em profundidade, pode representar outros casos semelhantes. Tal método “consiste no estudo de determinados indivíduos, profissões, condições, instituições, grupos ou comunidades, com a finalidade de obter generalizações” (LAKATOS; MARCONI, 2003, p.108).

2.2. Ferramentas de pesquisa

Quanto aos meios de investigação, será utilizada a pesquisa telematizada – aquela que busca informações por meio de computadores e telecomunicações –, a investigação documental – realizada em documentos conservados no interior de órgãos públicos e privados de qualquer natureza –, e a pesquisa bibliográfica – estudo sistematizado desenvolvido com base em material publicado e principalmente os de natureza científica (MORESI, 2003, p.10).

Desenvolveu-se a pesquisa por meio de levantamento bibliográfico, bem como análise documental, consultando publicações acadêmicas e obras consolidadas sobre Administração (e contabilidade) pública, planejamento orçamentário (e orçamento público) e legislação aplicável, objetivando de proporcionar conhecimentos teóricos e práticos sobre o assunto embasando o presente trabalho acadêmico.

Em específico, a abordagem teórica do trabalho foi alicerçada em produção científica relacionada ao tema. Já o apontamento doutrinário e jurídico, foi extraído da doutrina atual do Direito Administrativo para citar elementos da doutrina, assim como de leis específicas e do Código Penal para esclarecer elementos jurídicos que regem o processo compras e o procedimento de licitações no setor público.

De modo a alcançar um embasamento crítico visando descrever os atos suspeitos de administradores e particulares envolvidos em procedimentos licitatórios (ou casuísticas²²) que apontam a existência de fraude, utilizou-se de embasamento em notícias veiculadas na mídia, documentos públicos relacionados a esses crimes, informações dispostas em processos criminais disponibilizados ao público e da descrição de condutas típicas de irregularidades do manual de atuação na defesa do patrimônio público da autora Marlene Nunes Freitas (1996).

²² Casuísticas são casos e situações específicas, a partir dos quais são elaboradas analogias e comparações com novos casos e assuntos temáticos correlacionados, passíveis de investigação

3.ABORDAGEM TEÓRICA, DOUTRINÁRIA E JURÍDICA.

3.1- REFERENCIAL TEÓRICO

O princípio básico da lei reguladora do processo de compras do setor público nasceu, doutrinariamente, com o conceito de Estado de Direito e consequente controle dos atos da administração pública (COSTA, 1994, p.100). A ideia de Estado de Direito²³ nasceu na Revolução Francesa, o conceito é creditado à confluência de duas vertentes de pensamento, de Jean Jacques Rousseau e de Montesquieu. Rousseau sustenta a ideia de igualdade dos indivíduos, da soberania popular e da Democracia (BANDEIRA DE MELLO, 1992, p.11). Montesquieu afirma que “aquele que tem poder, tende a abusar dele”(BANDEIRA DE MELLO, 1992, p.12). Pode-se mesmo afirmar que a construção do Estado Democrático de Direito como um ideal de gestão da sociedade, se dá no sentido de limitar poder e estabelecer que não há poder maior do que a lei. Nesse sentido a lei é pensada como fruto da reflexão dos legisladores para regras e princípios reguladores da sociedade. Ao impor que mesmo o Estado, entidade maior da sociedade, se coloque com poder limitado pela lei, indica a preocupação com o abuso do poder. Nesse sentido, qualquer situação em que o Administrador Público ou um de seus servidores se utiliza da máquina pública para benefício próprio o faz apartado da legitimidade, em ação claramente abusiva.

Como forma de legitimar as ações do Administrador Público na gestão do erário público, criou-se mecanismos de acompanhamento e fiscalização. O procedimento da licitação se faz para moralizar o processo de compras, que não poderia se dar de forma arbitrária e sem controle. O termo compras é usualmente substituído nas instituições privadas pela expressão “administração de suprimentos”, mas não se poderia pensar em uma ideia tão simplista nas instituições públicas. Segundo Costa (1994, p.17) “compras é uma função administrativa, dentro da organização, responsável por coordenar um sistema de controle e informação capaz de adquirir externamente, para garantir o fluxo de materiais necessário à missão da organização”, ou mesmo atender a prestação de serviços público no caso das instituições públicas.

²³ Em apertada síntese, pode-se dizer que o Estado de Direito é “é aquele que é definido por leis e que coloca estas mesmas leis como padrão para toda a sociedade, inclusive para a sua própria atuação” (SILVA; WAISSMANN, 2005, p.237).

Como é fácil concluir, a Administração não pode despender o erário público para aquisição de bens e serviços de forma discricionária. Gastos dessa natureza precisam estar pautados por princípios norteadores, por exemplo, o da motivação, de modo que não haja prejuízo dos recursos públicos e o interesse público seja sempre observado, impedindo que favorecimentos ocorram por meio da máquina administrativa. Como já indicado anteriormente (item 1.1) a licitação surge como procedimento (em tese) adequado para que o Poder Público possa contratar e adquirir bens e serviços dentro da lisura dela esperada.

Existe a presunção absoluta de que a realização de licitação ocorre para a melhor contratação orquestrada pelo Poder Público, em observação aos princípios constitucionais de isonomia e impessoalidade (MARINELA, 2014, p. 373). A lei 8.666/93, em seu art. 1º, instituiu o procedimento de licitação como instituto obrigatório prévio a contratação de prestação de serviços e aquisição de bens para atender as demandas da União, Estados, Municípios, Distrito federal e às entidades que são controladas direta ou indiretamente por essas esferas. Apesar da obrigatoriedade do Poder Público em licitar, está disposto na Lei de licitações e previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, casos excepcionais, que são situações em que é inexigível (existe inviabilidade de competição) ou dispensável (são situações emergenciais em que licitar prejudicaria o atendimento do interesse público) aos Governantes ou Gestores públicos o uso de licitação ao contratar.

Como definido pelo Professor Hely Lopes Meireles:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos (2001, p.237).

Como observado, os princípios gerais que devem reger as licitações estão dispostos na Constituição Federal de 1988, Art. 37. O dispositivo mencionado afirma que 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” (BRASIL, 1988).

Os Administradores do setor público não têm a liberdade de ação dos empresários de instituições privadas, podendo apenas atuar, mantendo a observação dos regulamentos e legislações pertinentes. A Administração Pública se pauta pelos princípios da “supremacia do interesse público sobre o privado” e da “indisponibilidade do interesse público”, entre outros princípios norteadores. Um administrador de empresa privada tem toda a liberdade de gestão e ação, enquanto o gestor pú-

blico deve se manter adstrito àquilo previsto na Lei e no Direito. “No caso das licitações públicas, isso significa que a possibilidade de o administrador público ‘vender’ privilégios está na razão direta do grau de arbítrio que os regulamentos lhe atribuem” (ABRAMO; CAPOBIANCO, 2001, p.2).

Olson (1965), em citação de Silva (1997, p.4), assegura a impossibilidade de um Estado gerencial puro²⁴: “O Estado e o mercado político não são perfeitos: políticos e burocratas representam seus interesses dentro do governo e os interesses de agentes privados que se organizam coletivamente para agir sobre a máquina governamental”. Tal afirmação corrobora para a manutenção do modelo regulatório das ações do Gestor Público, visto que situações assim devem ser combatidas, aumentando gradativamente as normas e o controle para a ação do agente e diminuindo assim, seu poder discricionário²⁵, na execução dos atos da Administração Pública (SILVA, 1997, p.4).

Silva (1997, p.5) levanta a comparação do homem público aos demais agentes econômicos e que por isso deve-se levar em consideração que o primeiro também busque seus fins privados e aos interesses de *lobbies* de agentes privados que exerçam pressão sobre ele, desviando-se assim, do interesse público, no cumprimento de suas funções. Silva (1996, p.2) sustenta que “a corrupção, do ponto de vista do método econômico²⁶, mostra-se intimamente relacionada com a qualidade das regras que norteiam as decisões dos agentes”.

Na América do Sul, como em outras regiões, o problema da corrupção tem vários componentes transnacionais²⁷. Os pagamentos de suborno são aos poucos remetidos a outros países, por meio de depósitos a bancos estrangeiros, ou mesmo transferências a contas de empresas fictícias, visando ocultar o dinheiro ilícito, produto da corrupção. Além dessas hipóteses, quando submetidos a investigações, indivíduos envolvidos com a corrupção podem escapar das inquirições, com fuga internacional²⁸. Um caso notório desse tipo de fuga ocorreu em meados do ano 2000, quando foram descobertas evidências de que o presidente Alberto Fujimori e seu assessor Vladimiro Montesinos seriam os fundadores de uma organização criminal composta por cerca de 100 (cem) membros, ten-

²⁴ “O fundamento básico do modelo gerencial puro é a separação entre a política e a administração”. Tem por objetivo diminuir gastos e aumentar a eficiência governamental. (SANTOS, 2003, p.8)

²⁵ É uma determinada “liberdade” de decisão que o agente do Estado (Administrador) pode usar para agir em um procedimento, respeitando os limites que a lei impõe.

²⁶ Ou simplesmente Economia.

²⁷ Como não é objetivo do presente trabalho monográfico uma análise aprofundada da corrupção na América do Sul, ou mesmo uma análise comparada, sugere-se a leitura de “Relações entre índices de percepção de corrupção e outros indicadores em onze países da América Latina” (2000) da autoria de Cláudio Weber Abramo.

²⁸ Cumpre observar que essa questão da cooperação internacional tem sido amplamente discutida quando se fala do combate ao crime e às organizações criminosas de várias naturezas. Destaca-se especialmente a preocupação em busca da cooperação internacional no sentido de coibir a impunidade presente em estelionatos, fraudes, desvio de verbas públicas e sonegação da classe política e com contas bancárias no exterior ou mesmo a dificuldade diplomática da extradição de criminosos.

do como um dos aspectos da organização a lavagem de dinheiro e a recuperação de ativos. Na sequência das investigações, o então presidente do Peru Alberto Fujimori fugiu para o Japão, renunciando à Presidência via fax. Na tentativa de apuração das investigações e possível punição dos autores dos crimes, o congresso Peruano buscou a extradição do Presidente junto ao Japão, mas o Governo Japonês negou-se a extraditar o ex-governante justificando sua cidadania japonesa. Essas características são sinais evidentes que é necessária uma cooperação internacional para prevenir, detectar e evitar as ações corruptas (DELL, 2006, p.5-6).

O Brasil registrou a primeira tentativa de controle contábil da administração pública com a chegada de Dom João VI à Colônia. “E, posteriormente em 1908, sendo criado o Erário Régio e o Conselho da Fazenda”. (CONTI; CARVALHO, 2012, p.202). O controle Interno ganhou status legal com a Lei 4.320/1964, e amparo constitucional em 1969 com a emenda Constitucional nº1, de 1969 (CONTI; CARVALHO, 2012, p.206).

A legislação atual relativa ao gasto do dinheiro público apresenta punições (tanto administrativa, civil e penalmente)²⁹ para os que não cumpram os preceitos burocráticos e finalísticos da Administração Pública. Essa postura representa um avanço para a melhor aplicação dos recursos públicos, compreende essa legislação a “Lei da Transparência”- nº 12.527/2011, “Lei de Licitações” - nº 8.666/93, a “Lei de responsabilidade fiscal”- Lei Complementar - nº101/2000, aplicações penais do CPB, e outras legislações esparsas.

3.2 ANÁLISES CONCEITUAIS E CONTEXTUALIZAÇÃO TEMÁTICA

3.2.1. Epistemologia

O termo “epistemologia” tem origem da língua grega, das palavras *epísteme* que significa ciência e *logos*, ou seja, estudo. O termo *gnoseologia* tem a gênese do grego *gnosis* que indica “conhecimento” (FRIEDE, 2010, p. 240).

Em sentido amplo, epistemologia é considerada sinônimo de gnoseologia, “a parte da filosofia que estuda crítica e reflexivamente a origem, a natureza, os limites e o valor da faculdade humana do conhecimento e os seus critérios de validade”. É a teoria do conhecimento no todo e não apenas do entendimento científico, podendo-se dizer que é uma reflexão sobre o estudo do conhecimento, do significado e do sentido (FRIEDE, 2010, p. 240). Também é possível dizer que a gnoseologia (ou teoria do conhecimento) “não produz conhecimentos, mas reflete sobre os conhecimentos

²⁹ Essas responsabilidades serão tratadas em momento posterior no presente trabalho monográfico,

produzidos pelo ser humano, colocando diversas questões e elaborando doutrinas acerca do modo como conhecemos (...) o que torna o conhecimento válido...” (VIANA; PEREIRA, 2009, p. 96).

A episteme é o conhecimento contrário ao senso-comum, não se utiliza de imparcialidade e subjetividade no conteúdo epistemológico (VIANA; PEREIRA, 2009, p. 93). A epistemologia, nesse sentido, pode ser entendida como um estudo reflexivo e crítico do conhecimento. O conhecimento se difere distingue em: teológico – parte da aceitação de axiomas da fé e proposições sagradas; filosófico – busca-se a verdade através da indagação fundamenta-se na razão humana; popular – acumula-se por tradições e experiências; científico – conhecimento sistemático, vai além da visão empírica, baseia-se em proposições rigorosamente demonstradas (LAKATOS; MARCONI, 1990, *apud* VIANA; PEREIRA, 2009, p.95)

Epistemologia também quer dizer “doutrina, ou ciência da ciência”. Vale ressaltar a distinção entre Ontognoseologia e Epistemologia. “Esta é como que uma especificação daquela, ou seu desenvolvimento *in concreto*, no âmbito de cada ramo das ciências positivas”. Se o conhecimento em sentido amplo apoia-se em pressupostos *ontognoseológicos*, já a epistemologia revela os pressupostos constitutivos de cada ramo do conhecimento, e sua particularidade, são os campos cada vez mais delimitados da experiência (REALE, 2002, p.31).

A definição de epistemologia dada por Miguel Reale, conforme parágrafo anterior, converge para a ideia de que deve ser imputada a epistemologia o estudo de um ramo específico de uma ciência, desse modo, deve aplicar-se à epistemologia o estudo sobre a corrupção em compras e licitações, pois trata-se de um ramo originário do Direito Administrativo como também da Administração Pública.

A importância da epistemologia para este trabalho repousa no fato de que a abordagem a ser feita sobre o tema é estritamente pautada nas normas jurídicas e nos princípios reconhecidos pela doutrina do Direito Brasileiro. Também repousa na necessidade da reflexão sobre os dados levantados em órgãos e sistemas oficiais para que se analise de forma mais completa possível para uma matéria de tamanha importância para correta gestão da Administração Pública.

3.2.2. Administração Pública

A autora Fernanda Marinela (2014, p.18) conceitua Administração como sendo: “todo aparelho do Estado pré-ordenado à realização de serviços, visando a satisfação das necessidades coletivas”. A doutrina não é unânime ao definir Administração Pública, e o termo pode ser utilizado em diversos sentidos. Os estudiosos se valeram de alguns critérios para defini-la, onde um dos motivos

repousa na gama variada de tarefas e atividades desempenhadas pelo Estado, também pelo número de órgãos e pessoas que desempenham tais atividades. Deste modo para entender seu sentido, é necessário dividi-la sob a ótica dos executores da atividade de um lado e da própria atividade de outro (CARVALHO FILHO, 2008, p.10).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro a expressão Administração Pública é comumente definida em sentido subjetivo e objetivo. No sentido subjetivo ou orgânico “ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa”. No sentido objetivo ou funcional, para a autora, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao poder executivo” (2014, p.50).

Segundo o autor José dos Santos Carvalho Filho é necessário se valer de dois enfoques para entender a Administração pública: o sentido objetivo é representado pela “própria atividade administrativa exercida pelo Estado por seus órgãos e agentes, caracterizando, enfim, a função administrativa”; o sentido subjetivo “o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas” (2008, p.11).

Hely Lopes Meireles conceitua a Administração Pública adotando os critérios de formal, material e operacional. O formal “define a Administração como um conjunto de órgãos constituídos para a consecução dos objetivos do Governo”; o material representa o conjunto de funções que são necessárias para o funcionamento do serviço público; o critério operacional, “que a define como o desempenho perene e sistemático, legal e técnico dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade” (MEIRELES, 2003, *apud* MARINELA, 2014, p.18).

O entendimento da doutrina é unanime no conceito de que a Administração Pública em quaisquer esferas seja na Federal, Estadual, Municipal ou Distrital, é dividida em Administração Direta ou Centralizada e Administração Indireta ou descentralizada. Quando a atividade administrativa é realizada pelo Estado, ou seja, pelo conjunto orgânico que lhe compõe, denomina-se forma centralizada de prestação de serviços ou mesmo prestação direta (MARINELA, 2014, p.99)

Com o ímpeto de proteger o interesse público, aumentar a eficiência e especialização no exercício da função pública, o Estado pode transferir a responsabilidade pelo exercício dessas funções a pessoas jurídicas de direito público ou privado, conforme disposição em lei específica. Nesse caso, o Estado atua indiretamente por meio da descentralização administrativa ou o que consiste na administração indireta (MARINELA, 2014, p.99).

A Administração Direta, segundo Fernanda Marinela (2014, p.109), “consiste no conjunto de órgãos públicos que compõem a estrutura dos entes federativos”, sua composição é de pessoas polí-

ticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), constituídas pela própria Constituição Federal, sendo elementos formais que são “indispensáveis a constituição de uma federação e dotadas de personalidade jurídica de direito público e competências legislativas e administrativas”. A Administração Pública Indireta, para Marinela (2014, p.110), “é composta por entidades que possuem personalidade jurídica própria e são responsáveis pela execução de atividades administrativas que necessitam ser desenvolvidas de forma descentralizada”.

Dado que o enfoque deste trabalho é a abordagem do assunto corrupção e fraude em compras e licitações na esfera Federal, em específico aos entes da União, tal restrição visa diminuir o campo de pesquisa para a obtenção de resultados mais pertinentes e a apresentação de propostas a problemática apresentada. Tendo em vista tal restrição conceituaremos a Administração federal. Para Di Pietro (2014, p.58-59), compõem a Administração Pública Federal³⁰:

I- Administração direta – Constitui-se especificamente dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;

II -. Administração indireta – são as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) autarquias; b) empresas públicas; c) sociedades de economia mista; d) fundações públicas.

Depois de sancionada a lei nº 11.107/05 também passou a compor a administração indireta os consórcios públicos (DI PIETRO, 2014.p.59).

De modo a estruturar a Administração Pública Federal e organizar as pessoas jurídicas que a integram foi instituído o Decreto-Lei nº 200/67. Apesar de esse Decreto-Lei ter aplicabilidade obrigatória, apenas á união, ele apresenta conceito e princípios que, para a doutrina, são incorporados a Estrutura da Administração Estadual e Municipal (DI PIETRO, 2014, p. 59).

A partir da ideia que administrar compreende planejar e executar, Di Pietro cita que alguns autores fazem a distinção em sentido amplo e em sentido estrito.

a) Em sentido amplo a Administração Pública subjetivamente admitida, compreende os órgãos governamentais, superiores, encarregados de traçar os planos de ação, dirigir e comandar, assim como os órgãos administrativos os quais tem incumbência de executar os planos governamentais. “Objetivamente considerada, a Administração Pública compreende a função política, que traça as diretrizes governamentais e a função administrativa, que as executa” (DI PIETRO,2014, p.50).

³⁰ Decreto-lei nº 200/67, Artº 4, o qual, com a redação dada pela Lei nº 7.596, de 10-4-87.

b) Em sentido estrito a Administração Pública, compreende: “em sentido subjetivo - as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que exercem a função administrativa”; “em sentido objetivo - a atividade administrativa exercida por aqueles entes” (DI PIETRO, 2014, p.55).

Quando tratado do sentido subjetivo da Administração Pública como aqueles sujeitos que exercem a atividade administrativa, fica em evidência que a função administrativa é exercida eminentemente pelo Poder Executivo, que tem a especialização da função administrativa disposta na Constituição Federal de 1988, porém, o Poder legislativo e o Poder Judiciário também exercem algumas funções tipicamente administrativas além de suas atribuições predominantes.

3.2.3. Corrupção

Como importante aspecto analisado no presente trabalho monográfico, a corrupção se apresenta como uma situação muito “popular”, mas não compreendida com a seriedade necessária. Há que observar a existência de um senso comum do que vem a ser a corrupção, mas pouco se aprofunda no debate, o que leva à uma visão indulgente (ou até mesmo conivente) com situações criminosas de corrupção. Não sem razão, muito tem se dito que a corrupção é um problema endêmico no Brasil, ou mesmo um mal arraigado na cultura, daí se podendo falar em corrupção estrutural ou cultural.

A palavra corrupção possui a mesma acepção de suas correlativas em francês, italiano e espanhol, bem como em inglês, e têm uma mesma origem na palavra latina *corruptio*. Essa palavra denota decomposição, putrefação, depravação, desmoralização, sedução e suborno. Normalmente, associamos corrupção a um ato ilegal, no qual dois agentes, um corrupto e um corruptor, travam uma relação “fora-da-lei”, envolvendo a obtenção de propinas. O senso comum identifica a corrupção como um fenômeno associado ao poder, aos políticos e às elites econômicas (SILVA, 1996, p.3).

O termo corrupção vem do latim “*rumpere*” – romper, relaciona-se ao desvio de um código de conduta, ou quebra de uma regra administrativa. Para existir tal feito, faz-se necessário existir o benefício próprio do agente além de um fato preciso (TANZI, 1998, *apud* BALBINOTTO NETO; GARCIA, 2004, p.1).

Na verdade, existem muitos sentidos que podem ser atribuídos à palavra corrupção, mas há um denominador comum a todos: ela envolve a interação entre pelo menos dois indivíduos ou gru-

pos de indivíduos que corrompem ou são corrompidos, e essa relação implica uma transferência de renda que se dá fora das regras do jogo econômico ou político-legal *stricto sensu*.

O crime corrupção é tipificado no Código Penal Brasileiro no título específico dos crimes contra a Administração Pública, O CPB distingue corrupção em: corrupção ativa e corrupção passiva:

Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes, de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

A corrupção como ato de oferecer ou receber vantagem indevida, também é encontrada de forma implícita nos artigos 90, 92 e 95 da Lei nº 8666/93, tal tipificação penal é aplicada ao recebimento de vantagem indevida em procedimentos de licitação ou mesmo na celebração de contratos da Administração Pública.

3.2.4.Fraude

A fraude está estritamente associada a corrupção por ser tida como meio para se alcançar qualquer ilicitude nos processos ou que o indivíduo venha a auferir a vantagem ilícita posteriormente. A identificação de fraude em procedimentos de licitações ou execução do contrato é o ponto de partida para investigações que evidenciem a existência de desvio de recursos destinados para tal finalidade ou mesmo de esquemas de corrupção. Por meio de Perícias e análises em documentos relacionados a licitação assim como processo administrativo³¹, edital³², prestação de contas³³, propostas, homologação³⁴, contrato de execução³⁵ e termos aditivos, é que é possível identificar a existência de fraudes.

“Todo desvio de recursos tem sempre em sua origem a fraude cometida, seja para desviá-los ou para encobertar os desvios...” tal falseamento objetiva tanto o próprio desvio, quanto para acobertar o desvio consumado (QUEIROZ, 2004, p.13).

³¹ Expediente que deu origem a instauração do procedimento licitatório.

³² Instrumento por meio do qual a Administração manifesta o interesse em realizar a licitação e fixa as condições, o objeto, os prazos e outras informações de interesse dos licitantes.

³³ Relativo a execução de contratos de aquisição de bens e serviços, contém notas fiscais, ordem de serviço, notas de empenho, dentre outros.

³⁴ Ato praticado por autoridade superior do órgão, destinada a avaliação da conformidade com a legalidade de todos os atos que compõem o certame.

³⁵ Estabelece os termos de execução do contrato.

A resolução nº 1.207/09 do Conselho Federal de Contabilidade define o termo fraude (item 11) com: “é o ato intencional de um ou mais indivíduos da administração, dos responsáveis pela governança, empregados ou terceiros, que envolva dolo para obtenção de vantagem injusta ou ilegal”. A mesma resolução cita que existem os “fatores de risco de fraude” que são os fatores ou condições que de algum modo facilitem sua existência ou incentivem a perpetuação de fraudes (res. nº 1.207/09, item 11).

Em sua obra, Carvalho (2007, p. 17) afirma que para a fraude decorre de três fatores, sendo: “a motivação; a necessidade; e a oportunidade.” A motivação para o cometimento do ato é um elemento intrínseco que decorre dos traços de personalidade e da formação de caráter daquele que a pratica. O fator “necessidade” pode ser distinguido em necessidade legítima ou não, embora não seja álibi para justificar o ato fraudulento. O aspecto da “oportunidade” é situacional e o autor considera a importância da implementação de sistemas de controle interno, sendo este um método que diminuirá a margem de oportunidades (CARVALHO, 2007, p. 17).

É importante salientar a distinção entre fraude e erro, tal diferença reside na intenção do agente. Se houve intenção no ato irregular constata-se a existência de fraude, sem intenção evidencia-se o erro, que é causado pela desatenção ou má interpretação dos fatos. (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2009). Pode-se extrair desta distinção entre fraude e erro, que a fraude sempre estará atrelada ao dolo, ou seja, existe a vontade consciente do causador que pratica tal ato, com a finalidade de “omitir, manipular ou adulterar documentos ou transações” (QUEIROZ, 2004, p.35).

Na Administração Pública a prática da fraude apresenta maior relevância em relação a iniciativa privada, por considerarmos a maior vultuosidade dos valores e o prejuízo social a que isso acarreta. Tais feitos podem estar atrelados a esquemas de corrupção (QUEIROZ, 2004, p.37).

Considerando o descrito, vale evidenciar a distinção entre os conceitos de fraude e corrupção, sendo que sempre existe algum tipo de fraude quando constatada a corrupção. De modo adverso nem sempre diante da existência de fraude, também ocorre a corrupção (QUEIROZ, 2004, p.40).

Conforme o relatório do Transparência Brasil (2002, p.6), a corrupção foi definida como processo em que um agente público “aufere vantagens ou rendimentos indevidos aproveitando-se de sua posição.” Para que o citado ocorra sempre haverá o envolvimento de um agente público e de agente particular. No conceito de fraude não há a relação entre esses dois agentes para o ganho ilícito.

3.2.5.Compras

O termo Compras, é definido na Lei nº 8 666/93 como “toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente” (art. 6º, III), compras são um dos objetos das licitações, pode ser definido como “o contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e a outra, a pagar-lhe certo preço em dinheiro ” (MEIRELES, 2007, p.64).

As compras governamentais, de autarquias, fundações e empresas controladas pela Administração Pública (governos federal, estadual e municipal) são regidas, com base na doutrina do Direito Administrativo, por uma lei específica, a Lei nº 8.666/93. O princípio básico da lei reguladora do processo de compra do setor público nasceu, doutrinariamente, com o conceito de Estado de Direito e o conseqüente controle dos atos da Administração Pública (COSTA, 1994, p.100).

Nas licitações para compras deve estar especificado, conforme disposto na lei nº 8.666/15, art. 14, que as compras não podem ser feitas sem a devida “caracterização de seu objeto e indicação de recursos orçamentários”. A mesma lei em seu art. 15 dispõe que as compras sempre que possível devem ...” atender ao princípio de padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho; ”, devem “ser processadas através de sistema de registro de preços; ”, submetidas a condições semelhantes à do setor privado, divisão de parcelas que visem economicidade, balizar os preços pelos praticados por outros órgãos da administração pública.

As normas descritas na lei federal supracitadas visam agilizar e simplificar o sistema de compras do estado, e na medida do possível nivelar a administração ao consumidor particular, de modo que a mesma possa auferir vantagens próprias da competição de preços. A correta caracterização do objeto de compra facilitará a formulação da apresentação de propostas, o que possibilita na medida do possível que as compras “...submetam-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado” (art.15, III) (MEIRELES, 2007, p.65).

A adoção de métodos empresariais pelo Poder Público, assim como a sistemática de compras simplificada semelhantes às aquisições particulares, é a tendência da moderna administração, visando a maior eficiência e a redução dos custos operacionais, o barateamento dos preços nas compras do Estado concorre decisivamente para isso (MEIRELES, 2007, p.66).

3.2.6.Licitações

Licitação é um procedimento administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei com o objetivo de selecionar a melhor proposta, por meio de critérios objetivos e impessoais, para celebração de contratos com a iniciativa privada (OLIVEIRA, 2014, p.24).

Por meio da licitação um ente público no exercício da função administrativa, abre certame aos interessados em firmar contratos com a Administração Pública, que sujeitos as condições propostas em instrumento convocatório formulam propostas, dentre as quais se selecionara a mais vantajosa visando a isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (DI PIETRO, 2014, p.373).

A licitação é uma regra constitucional (art. 37, XXI, da CRFB) que deve ser seguida para formalização de contratos pela Administração Pública. Trata-se, destarte, de procedimento administrativo instrumental, pois serve como instrumento necessário para o alcance de uma finalidade: a contratação pública.

A Lei 8.666/1993 regulamenta o Art. 37, XXI, da Constituição Federal e estabelece normas gerais para licitações e contratos administrativos, a mesma lei define em seu Art. 3º os objetivos da licitação, sendo: a) garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, b) selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e c) promover o desenvolvimento nacional sustentável. A mesma lei normatiza o procedimento de licitação e contratos administrativos.

3.2.7.Princípios da Administração Pública

A Autora Fernanda Marinela (2014, p. 26) define princípios como sendo “proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas e institutos subsequentes de uma disciplina”. Os princípios são fundamentos e atuam como parâmetros para a interpretação das demais normas jurídicas. No ordenamento jurídico Brasileiro os princípios não são apenas recomendações ou orientações, mas são normas e devem ser observados por todos aqueles que estão sujeitos (MARINELA, 2014, p.24).

Apesar do valor coercitivo que possuem os princípios, o sistema jurídico não poderia ser composto apenas deles, porque a sua aplicação a determinada situação concreta depende da atividade interpretativa do agente a ele submetido, o que comprometeria a segurança jurídica do princípio, daí a necessidade da definição de regras que são aplicáveis a casos concretos. Consoante a isso, o

ordenamento jurídico é composto de princípios e regras. Vale ressaltar que não há hierarquia normativa entre os princípios e as regras, podendo qualquer um deles prevalecer em determinada situação, porém apesar de em alguns casos haver aparente contradição entre princípios e regras isso não se verifica, visto que as regras refletem os princípios, a regra ganha o contorno que tem em razão (MARINELA, 2014, p.24-25).

Os princípios fundamentais orientadores da atuação da administração pública estão implícita ou explicitamente no texto da Constituição Federal de 88. Algumas leis citam princípios administrativos, esses princípios encontram-se implícitos ou são decorrentes de disposições constitucionais (ALEXANDRINO; PAULO, 2088, p.185).

O Direito Administrativo também possui em sua raiz determinados princípios, alguns são próprios de outros ramos do Direito Público e outros específicos voltados a atuação da Administração Pública (DI PIETRO, 2014, p.64). A Constituição de 1988 apresenta expressamente, no Art. 37, os princípios a que são submetidos a Administração pública direta e indireta, a saber é o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade e eficiência, sendo o último incluso pela emenda 19/98.

A Lei nº 9. 784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), no seu artigo 2º, elenca outros princípios além dos que estão dispostos no texto constitucional, são eles: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Legalidade: O princípio da legalidade para a administração pública, é fazer só o que a lei permite, ao contrário da relação entre particulares onde é aplicado o princípio da autonomia da vontade que lhes permite fazer o que a lei não proíbe (HELY LOPES MEIRELES, 2003, *apud* DI PIETRO, 2014, p.65).

A legalidade é a base do Estado Democrático de Direito, o que garante que os conflitos sejam solucionados com base no disposto em lei (MARINELA, 2014, p.30).

Impessoalidade: O princípio da impessoalidade da margem a duas interpretações. Exigir a impessoalidade da administração tanto pode significar que o atributo deve ser observado tanto pelos administrados quanto pela própria administração (DI PIETRO, 2014, p.68).

O primeiro sentido do princípio prescreve que na atuação do agente público deve estar isenta de subjetividade, ficando o agente dessa forma, impedido de pautar-se em inclinações e interesses pessoais ou de terceiros, dessa forma as ações do administrador devem ser de forma impessoal, abstrata e genérica, protegendo sempre o interesse da coletividade. O segundo sentido da impessoali-

dade é de que os atos da administração sempre devem ser imputados ao órgão ou entidade e nunca ao agente ou funcionário que o pratica (DI PIETRO, 2014, p.68-69).

Finalidade: O princípio da finalidade impõe que o administrador ao manejar as atribuições de seu encargo, que atue com rigorosa obediência a finalidade definida em lei para cada instituto. Em rigor esse princípio não é uma decorrência do princípio da Legalidade, mas está contido na Legalidade, corresponde a aplicação da Lei para o fim a que a Lei se destina (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 106-107).

Moralidade: O princípio da moralidade ordena que a Administração Pública e seus representantes tenham atuação sempre em conformidade com os princípios éticos aceitáveis socialmente. A moralidade administrativa não se confunde com a moralidade já definida na escola filosófica, pois, enquanto a última preocupa-se com a distinção entre o bem e o mal, a primeira não só visa corrigir atitudes, mas também nortear regras de boa administração para atender ao bem comum (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 119-120).

Publicidade: O princípio da publicidade visa a divulgação de todas as ações da administração de modo a tornar as informações públicas, consagra o dever administrativo de manter a transparência de assuntos de interesse público (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 114-115).

A publicidade também é condição de eficácia para os atos administrativos para fins de produção de seus efeitos externos, pois, os administrados só podem cumprir um ato administrativo se tomam conhecimento dele. Além desse aspecto, a publicidade representa o termo inicial para a contagem de prazos, quando é o caso de o administrado ter a possibilidade de recorrer, a validade de um ato da administração que lhe seja tocante. Em último, a publicidade viabiliza o controle e a fiscalização de toda a atuação do estado, seja pelos órgãos de controle ou pelos próprios administrados (MARINELA, 2014, p.40).

Eficiência: O princípio da eficiência ganhou espaço no texto constitucional com a emenda nº 19/98 embora já existisse implicitamente na lei maior. “A eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”. Consiste em uma busca pela racionalização dos recursos disponíveis com consequente redução de desperdício de dinheiro público (MARINELA, 2014, p. 44).

A eficiência no serviço público já era prevista no art. 6º da Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão de serviços públicos, assim como define a prestação de serviços adequado (MARINELA, 2014, p. 44).

Isonomia: O princípio da isonomia refere-se ao tratamento que deve ser dado pela administração aos administrados, significa tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual,

de acordo com suas desigualdades. Todavia, existe a dificuldade de fixar parâmetros e definir que são os iguais e os desiguais e ainda as medidas de desigualdades (MARINELA, 2014, p. 47).

No ordenamento jurídico brasileiro, diversos institutos representam a aplicação do princípio da isonomia, dentre eles estão a licitação e o concurso público, sendo que o primeiro visa a escolha da melhor proposta e o segundo a escolha do melhor candidato (MARINELA, 2014, p. 47).

Contraditório e Ampla defesa: Os princípios do contraditório e da ampla defesa são de origem no direito processual, mas foram ampliados para o Direito Administrativo, ademais estão estabelecidos na constituição para o processo administrativo. A administração não pode tomar decisões relativas a um sujeito, atingindo seus interesses e direitos sem anteriormente haver o devido processo administrativo, oferecendo-lhe o contraditório e ampla defesa (MARINELA, 2014, p. 51).

Aplicando o princípio do contraditório, a Administração Pública deve dar ciência ao interessado da existência do processo e do seu conteúdo. Antecede a isso a base lógica da bilateralidade da relação jurídica processual, que oferece o efetivo diálogo entre as partes de modo que ninguém possa ser julgado sem antes ser ouvido (MARINELA, 2014, p. 51).

O princípio da ampla defesa é inerente ao direito de ação, à tutela do Estado. A ampla defesa representa uma consequência do devido processo legal, no entanto com bases e regras específicas. A garantia da defesa é assegurar à parte o direito de defender-se, de alegar e provar o que alega (MARINELA, 2014, p. 52).

Razoabilidade: A razoabilidade atua como um princípio que proíbe os excessos, enuncia que o administrador quando atua com discricionariedade deva utilizar critérios aceitáveis do ponto de vista racional, para evitar condutas desarrazoadas, bizarras e incoerentes (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p.108).

É notório, pois que uma conduta desarrazoada não deva estar em acordo com a lei e não atende a finalidade da lei, contudo é perceptível que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que norteiam o princípio da legalidade e da finalidade incoerentes (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p.108).

Proporcionalidade: O princípio da proporcionalidade trata do equilíbrio entre os meios que se utiliza a administração, para alcançar os fins desejados, sob critérios comuns aceitáveis pela sociedade. A proporcionalidade, apesar de estar descrita na Lei nº 9.784/99 em separado do princípio da razoabilidade, na verdade está contida no princípio da razoabilidade (DI PIETRO, 2014, p.80-82).

Continuidade: O princípio da continuidade decorre do entendimento de que as funções desempenhadas pelo Estado, em sua maioria essenciais ou de grande importância para a coletividade,

não pode parar. A continuidade significa a ausência de interrupção, ação incessante (DI PIETRO, 2014, p.71-72).

Autotutela: O princípio da autotutela garante o direito de a Administração Pública controlar os seus próprios atos, com autonomia para anulá-los quando ilegais ou mesmo revoga-los quando inconvenientes e inoportunos, independente da atuação do Poder judiciário. A autotutela decorre do princípio da legalidade, no que tange a sujeição da administração à legalidade, se está sujeita a lei, cabe-lhe controlar se os seus atos são legais (DI PIETRO, 2014, p.70-71).

Especialidade: O princípio da especialidade surgiu com a adequação da descentralização administrativa, para que os entes da Administração Direta, União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, criem as pessoas jurídicas da Administração Indireta, com vistas à especialização de funções (MARINELA, 2014 p. 65).

Presunção de Legitimidade: O princípio da legitimidade abrange dois aspectos, em primeiro a presunção de veracidade e de outro, a presunção de legalidade. Dessa forma presume-se que todos os atos administrativos sejam verdadeiros e estejam de acordo com a lei. Trata-se de presunção relativa (*juris tantum*), que admite prova em contrário (DI PIETRO, 2014, p.69).

Em consequência da legitimidade, as decisões administrativas têm efeito imediato, com possibilidade de criar obrigações aos administrados, independentemente de sua concordância (DI PIETRO, 2014, p.69).

Motivação: O princípio da motivação gera a obrigação de a administração justificar e apontar os fundamentos de direito e de fato. Quanto ao dever de motivar, a doutrina não é unânime no entendimento da obrigatoriedade de motivar, porém uma corrente majoritária entende que a aplicação do princípio é obrigatória em todos os atos (MARINELA, 2014, p. 67).

Segurança Jurídica: O princípio da segurança jurídica é de importância fundamental para o direito, pois, tem o objetivo de “evitar alterações supervenientes que instabilizem a vida em sociedade, além de minorar os efeitos traumáticos de novas disposições, protegendo, assim, a estabilidade como uma certeza para as regras sociais” (MARINELA, 2014, p. 68).

A segurança jurídica visa evitar a aplicação retroativa de uma nova interpretação da lei para a esfera administrativa. Deste modo a administração não pode vir a anular atos administrativos justificando que houve interpretação errônea da lei, tem relação com a ideia de respeito e boa-fé (DI PIETRO, 2014, p.69).

Interesse público: É um princípio implícito na Constituição, nele presume-se que toda a atuação do Estado seja pautada pelo interesse público. Vale notar que embora o princípio da supremacia do interesse público seja um dos dois postulados fundamentais do denominado regime jurídi-

co-administrativo, ele não está diretamente presente em toda atuação da administração pública, que é o caso dos atos de gestão, mas sempre presente nas imposições coercitivas ao administrado, ou poder de império (ALEXANDRINO; PAULO, 2088, p.186).

3.3.ABORDAGEM LEGISLATIVA SOBRE A CORRUPÇÃO E FRAUDE EM COMPRAS E LICITAÇÕES DO PODER PÚBLICO.

3.3.1.BUROCACIA DOS PROCESSOS E PROCEDIMENTOS

3.3.1.1 Conceito de burocracia

Oliveira em síntese da produção de Weber, um dos autores mais conceituados no estudo da burocracia, afirma que para Weber, a burocracia “é um tipo de organização que garante a eficiência através dos requisitos da racionalidade, da normatização da hierarquia, da especialização e da impessoalidade” (1970, p.55).

Para Weber a organização burocrática apresenta uma estrutura de cargos com limites definidos pelas normas para o qual são selecionados funcionários com qualificação técnica adequada e estes estão sujeitos a hierarquia racional-legal. Outras características da estrutura burocrática referem-se à separação entre o patrimônio da organização do patrimônio pessoal de cada funcionário, e da existência de registro documental de atos e normas da organização (OLIVEIRA, 1970, p.49).

O uso exacerbado das práticas burocráticas pode incorrer em disfunções o funcionamento da organização, estariam ligadas ao comportamento do funcionário “burocrata” que tem o comportamento enrijecido e apresentam resistência a mudança, o que torna a organização reagir as mudanças ao ambiente externo (ROBERT KING MERTON, 1966, *apud* OLIVEIRA, 1970, p.54).

Alcançar a eficiência administrativa é uma tarefa que requer junção de preceitos da burocracia weberiana ajustada a comportamentos ligados à “... iniciativa, inovação. Criatividade, flexibilidade, capacidade de auto ajustamento e competência com base no processo decisório” (KLEBER NASCIMENTO, 1967, *apud* OLIVEIRA, 1970, p.56).

Na Administração Pública Brasileira a burocracia descrita por weber foi implantada em 1936 com a reforma administrativa motivada por Mauricio Nabuco e Luís Simões Lopes. Tal implantação veio a substituir administração patrimonialista na qual o patrimônio público e o privado se confundia nas mãos dos que detinham o poder. O patrimonialismo é caracterizado como tipo de estrutura onde o Estado era propriedade do rei, o nepotismo, o empreguismo, quiçá a corrupção, eram marcantes (PEREIRA, 1996, p.10).

O modelo burocrático exerce forte influência sobre as ações no setor público, isso, por razão do caráter extremamente legalista, de normas que orientam a atuação desse setor. Para as organizações públicas, a utilização da burocracia vem a evitar os possíveis desvios do padrão já estabelecido em regulamentos. As organizações públicas contemporâneas são subordinadas a normas e diretrizes “o macroambiente (ou ambiente externo), o ambiente de tarefas organizacional e o microambiente (ou ambiente interno)”. No macroambiente ocorrem as relações legais, políticas, tecnológicas, socioculturais, internacionais e econômicas. Já o nível intermediário ou ambiente de tarefas é o local de atuação da organização, nele identificam-se as relações com clientes, fornecedores, associações, concorrentes e outros. O ambiente interno é a própria organização que está sujeito a controle mais rígido e decisivo para ela. Nesse sentido essas organizações são diretamente influenciadas por condições e imposições internas externas que orientam seu funcionamento (ALVARES *et al*, 2012, p.6-8).

3.3.1.2. Desvirtuamento da burocracia nas situações de “lesa cidadão” (ou “lesa erário público”).

A burocracia em si, como analisado, não representa algo ruim ou prejudicial. Pode-se mesmo afirmar que a burocracia busca estabelecer um padrão ético de disciplina, formalizando ações e otimizando a prestação de serviços. A ideia da construção de uma Burocracia Pública visava, de forma especial, regulamentar os processos dentro da Administração, com o fito de melhor exercer sobre elas controle e fiscalização.

Há, entretanto, a utilização da burocracia para lesar o cidadão nos processos de aquisição de bens e serviços, de forma a facilitar os atos de corrupção.

3.3.2 PENALIZAÇÃO DOS ATOS IRREGULARES

No sentido de coibir e combater as práticas irregulares o Estado detém o monopólio do poder punitivo. Esse poder estatal se organiza no sentido de identificar os potenciais as infrações às normas estabelecidas (poder regulador/normativo do Estado) e, em incorrendo o agente nos fatos previamente tipificados em lei, haverá o devido processo legal e, em tese, a punição

dos envolvidos³⁶. Essas responsabilidades previstas em lei podem ser identificadas nas esferas penais, administrativas e civis.

3.3.2.1. Previsão das práticas no Código Penal

O Código Penal Brasileiro (CPB) apresenta um título específico aos crimes contra a Administração Pública, alguns dos artigos de tipificação criminal no título acima mencionado, tem sua aplicação a crimes relacionados ao desvio de recursos públicos, é o caso do peculato, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, concussão, corrupção passiva, advocacia administrativa, tráfico de influência e corrupção ativa. Em alguns casos concorrem com esses crimes outros artigos não específicos aos crimes contra a administração Pública, como é o caso do Estelionato, associação criminosa e falsidade ideológica.

Estelionato

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

Trata-se de delito que pode ser cometido por qualquer pessoa. Equivale a alcançar vantagem indevida, contrária ao direito, que pode ter ou não natureza material ou econômica, trata-se de manipular de forma maliciosa a realidade para obter proveito de outrem, tem-se por consumado o crime se for concretizada a obtenção de vantagem e a geração de prejuízo para a vítima (NUCCI, 2008, p. 729).

O crime de estelionato enquadra-se em diversas situações, onde sujeitos sejam eles agentes públicos responsáveis por conduzir a licitação ou mesmo responsáveis pela gestão de contratos tenham a intenção de ludibriar tanto interessados em participar do certame da licitação quanto em prejudicar os cofres públicos com contratação de empresas fantasmas e inidôneas para fins de prestação de serviços e aquisição de bens.

Já na etapa de contrato e execução do contrato configura-se o estelionato hipóteses de firmação de contratos de execução e termos aditivos de contrato entre a administração e a empresa pres-

³⁶ Obviamente o Poder Punitivo do Estado, cujo principal expoente é o Direito Penal, se desdobra em necessárias e mais complexas conceituações e contextualizações. Apresentou-se em apertada síntese tais considerações apenas para fins didáticos de introdução, não almejando ser exaustivo ou completa a abordagem.

tadora de serviço, que contenham cláusulas abusivas definidas com má-fé e intuito de beneficiar a empresa licitante em detrimento do prejuízo da administração. Na aquisição de bens pode haver identificação de estelionato quando indivíduos tem o intuito de fraudar nota fiscal para obter lucro seja pela emissão de nota fiscal que não corresponde aos materiais efetivamente entregues, nota fiscal fria³⁷ e Nota fiscal calçada³⁸.

Associação criminosa

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:
Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Trata-se de delito comum que pode ser cometido por qualquer pessoa. Associar-se referência a juntar-se, unir-se para um objetivo comum, pressupõe-se certo grau de estabilidade e permanência associativa entre os indivíduos com o intuito criminoso, a consumação do crime é efetivada com a mera associação, não sendo necessária a prática efetiva de crimes (NUCCI, 2008, p. 891).

É identificada a existência do crime de associação criminosa quando evidenciar-se que os crimes cometidos contra a Administração ou mesmo crimes de licitações forem praticados por um conjunto de três ou mais pessoas, tal crime será concorrente com outro crime de acordo com a imputação criminal dada aos autores.

Falsidade ideológica

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:
Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Trata-se de delito comum. A falsidade ideológica distingue-se da falsidade documental por referir-se apenas a veracidade do conteúdo lançado no documento, a consumação do crime existe na forma “omissiva” quando o agente deixa de inserir declaração que deveria constar em documento, ou na forma “comissiva” quando a feitura do documento é concluída (NUCCI, 2008, p. 915).

O crime de falsidade ideológica em procedimento de licitações pode estar atrelado à inserir fato juridicamente relevante em documento público com propósito de fraudar caráter competitivo do certame da licitação, para beneficiar determinada empresa licitante.

³⁷ Emitida sem a efetiva entrega do bem ou o fornecimento do serviço.

³⁸ Preenchida com valor maior na via do cliente e valor menor na via encaminhada ao fisco.

A falsidade ideológica também é identificada quando documentos relevantes da execução de contratos são produzidos, quando relacionam-se a prestação de serviços ou aquisição de bens. Na aquisição de bens, as notas fiscais são passíveis de serem fraudadas com o intuito de beneficiar sujeitos envolvidos nos procedimentos, é o caso de notas emitidas que não correspondem aos produtos efetivamente entregues, nota fiscal fria e nota fiscal calçada.

Peculato

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Trata-se de delito especial próprio, que só pode ser cometido por funcionário público, porém, a qualidade de funcionário estende-se aos coautores e partícipes, desde que os mesmos tenham conhecimento de tal condição. O delito é consumado no caso da apropriação, com o exercício da posse do dinheiro, valor ou bem pelo agente, e no caso do desvio, quando é dada destinação diversa da prevista para os já citados. Admite-se a tentativa (NUCCI, 2008, p. 939-941).

No crivo das compras e licitações é identificada a figura do peculato-desvio, quando o sujeito responsável pela aplicação do dinheiro público empenhado para aquisição de bens ou prestação de serviços para a administração, desvia parte ou o todo para proveito próprio ou alheio. Em procedimentos de licitação, quando há a associação de empresa licitante com funcionário público para frustrar e fraudar a licitação e obter vantagem advinda da adjudicação do objeto da licitação, caso em que o serviço ou bem decorrente do contrato com o vencedor do certame, não é prestado ou entregue, nos termos do contrato. Nessa hipótese há o ganho financeiro sem a contrapartida necessária o que configura o peculato.

Na hipótese de compras quando produto adquirido para fim público é desviado para proveito próprio do funcionário público, sendo um fim diverso do que foi destinado em sua motivação de aquisição, identifica-se a figura do peculato apropriação.

Emprego irregular de verbas ou rendas públicas

Art. 315 - Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

Trata-se de delito que só pode ser cometido por funcionário público. “Dar” refere-se a empregar ou utilizar, “às verbas” são a dotação da quantia de dinheiro para o pagamento das despesas do Estado, “rendas” são qualquer quantia em dinheiro legalmente arrecada pelo Estado. Não é leva-

do em conta se eventual finalidade justa nem propósito honesto do agente no emprego irregular de verbas, já que o funcionário público tem que ser fiel as regras estabelecidas pela administração pública. O crime é consumado quando há a entrega da verba ou renda de maneira irregular (NUCCI, 2008, p. 950-951).

A relação do emprego irregular de verbas ou rendas públicas com a corrupção se dá quando o dinheiro repassado a determinado órgão, ou entidade da Administração Pública Federal, ou mesmo aos Estados, Municípios, e Distrito Federal, é desviado de sua finalidade definida em lei, para proveito pessoal do sujeito ativo do crime ou mesmo em benefício de terceiros. Identifica-se ainda essa relação do crime descrito no *caput* do Art. 315 com a corrupção, mesmo se o dinheiro foi desviado de sua previsão legal para atender a outro fim de interesse público, quando tal desvio é feito para beneficiar empresa ou pessoa específica, mediante suborno ou facilitação vantajosa ilícita.

Concussão

Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes, de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:
Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

Trata-se de delito especial próprio, que só pode ser cometido por funcionário público. O objeto material do crime é a vantagem ilícita que não precisa ter cunho material (podendo ser de natureza moral, sexual, etc.) A exigência de vantagem pode ser implícita ou explícita, mas desde que guarde relação direta com as atribuições funcionais do agente. o delito se consuma com a mera exigência, direta ou indireta, explícita ou não. A efetiva obtenção da vantagem constitui mero exaurimento (NUCCI, 2008, p. 951-952).

O crime de concussão em hipóteses de licitações se dá quando o funcionário público que tenha alguma participação no certame licitatório ou em determinada etapa dele, vem a exigir vantagem financeira indevida para empresa que não tenha os requisitos mínimos exigidos para que não venha a ser desclassificada do certame licitatório.

A concussão também pode ser identificada na etapa de execução do contrato quando o agente fiscal de contrato ao identificar irregularidades na execução, exigir vantagem, seja ela financeira ou não, para não representar as irregularidades.

Corrupção passiva

Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§1º A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§2º Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa

Trata-se de delito especial próprio, só podendo ser cometido por funcionário público. Não sendo o agente competente para a prática do ato buscado pelo corruptor a corrupção não se configura, mas ainda assim sua conduta poderá ser tipificada como tráfico de influência (art. 332 do CP) ou mesmo coautor da corrupção ativa (art. 33 do CP).

O objeto material do crime é a vantagem ilícita, que não precisa ter cunho material. A configuração do delito depende também de a ação do corruptor visar a algum ato ou omissão por parte do funcionário público corrompido, que esteja vinculado à competência ou atribuição do mesmo (NUCCI, 2008, p. 953-954).

A hipótese mais corriqueira do crime de corrupção passiva em licitações consiste na situação em que funcionário público que tenha alguma participação no certame licitatório ou em determinada etapa dele, vem a solicitar vantagem financeira indevida, prometendo de este modo facilitar ou garantir adjudicação do objeto da licitação a licitante, ou mesmo de homologar empresas irregulares para participarem do certame, crime que se vem a ser consumado torna ilícito o caráter do procedimento de licitação.

A corrupção passiva também pode ser identificada na etapa de execução do contrato quando o agente fiscal de contrato ao identificar irregularidades na execução solicita vantagem, seja ela financeira ou não, para não representar as irregularidades. Já em situação de compras diretas pode o funcionário público solicitar vantagem a determinada empresa para que a mesma venha a fornecer bens a administração.

Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Tal delito pode ser cometido por qualquer pessoa. Os meios de execução do tipo são inúmeros, devendo ser considerada “indevida” qualquer vantagem contrária ao direito. O delito sem consuma no momento em que o funcionário toma conhecimento da oferta ou promessa. Admite-se a tentativa, apenas no caso de promessa por escrito (NUCCI, 2008, p. 986-987).

O crime de corrupção ativa em licitações é identificado quando a iniciativa de tentar fraudar a isonomia da licitação parte da empresa licitante, de modo que a mesma venha a oferecer qualquer tipo de vantagem a funcionário público envolvido no certame, para obter vantagem em relação as outras licitantes.

Na execução do contrato, pode haver a situação em que a empresa prestadora de serviço ou mesmo fornecedora de bens venha a oferecer vantagem ao funcionário público responsável pela fiscalização do contrato ou pelo processo de compras, para burlar a prestação de serviço, de modo a desviar parte dos recursos pagos oferecendo serviço inadequado distinto do que é disposto em contrato. No processo de compras pode haver corrupção ativa para desviar verba destinada a uma aquisição específica, mediante acordo para fraudar notas fiscais.

Advocacia administrativa

Art. 321. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

Parágrafo único. Se o interesse é ilegítimo:

Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa.

Trata-se de delito especial que só pode ser com funcionário público. Patrocinar equivale a defender ou proteger interesse de outrem, valendo-se da condição de funcionário público. Se o ato de ofício objeto do patrocínio for praticado pelo próprio funcionário, restará caracterizada a corrupção passiva (no caso de ato comissivo) ou a prevaricação (em caso de ato omissivo). Se houver a promessa de patrocínio, por parte do funcionário ao particular, a conduta poderá ser caracterizar como estelionato. O delito de advocacia administrativa é consumado com o primeiro ato que caracterize o patrocínio (NUCCI, 2008, p. 963-964).

O crime de advocacia administrativa no que tange as licitações ocorre quando funcionário público, mesmo que sem recebimento de vantagem indevida da licitante, venha a atuar de modo a beneficiar licitante específica em detrimento das outras licitantes, frustrante caráter isonômico da licitação. Na etapa de execução do contrato, pode haver o favorecimento, mesmo que sem favorecimento ilícito ao funcionário, de prestadora de serviços que não cumpra o disposto nos termos contratuais, e tal descumprimento venha a ser ocultado por fiscal de contrato, descumprindo assim a função para a qual foi destinado.

No processo de compras a advocacia administrativa é identificada quando funcionário responsável pelo processo de compras facilita a escolha de determinada empresa que não ofereça a melhor condição para a administração pública visando beneficiar a empresa fornecedora do bem e não o interesse público.

Tráfico de influência

Art. 332 - Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Trata-se de crime comum que pode ser cometido por qualquer pessoa. Dos quatro verbos do tipo, apenas o “obter” exige o resultado naturalístico, ou seja, a obtenção da vantagem ou da promessa de recebê-la. Nos demais basta a intenção de recebê-la, por solicitação, exigência ou cobrança. O crime se consuma quando há a solicitação mesmo que não prejuízo material para a administração (NUCCI, 2008, p. 984-985).

O tráfico de influência relaciona-se ao procedimento de compras e licitações na conjectura em quem um terceiro que não seja funcionário público envolvido no procedimento da licitação ou processo de compras e nem seja empresa licitante no certame ou empresa que mantém relação mercadológica com a administração, venha a contatar empresa interessada no certame ou que tenha interesse em vender para a administração, para solicitar, exigir, cobrar para si ou para outrem vantagem em troca de intermediação para influir funcionário público que no exercício de determinada função consiga favorecer a empresa.

3.3.2.2 Previsão especial na Lei de Licitações e outras

Lei nº 8.666/93

Na legislação específica a Lei nº 8.666/93, que trata da esfera administrativa dos procedimentos referentes a compras e licitações, reserva uma seção com o total de dez tipificações para ações de descumprimento da lei. Antes da edição desta lei eventuais condutas criminosas relacionadas ao tema eram enquadradas no código penal em alguns artigos específicos relacionados a licitação (arts. 326 e 335) com o advento da lei nº 8.666/93, houve também o agravamento das penas,

mesmo com a punição nesta lei específica, algumas ações criminosas podem ser enquadradas em artigos do código penal, como corrupção, concussão, advocacia administrativa, etc.

Os crimes da lei de licitação não admitem a modalidade culposa, além disso, em praticamente todos eles a doutrina considera o chamado dolo específico, quando o agente realiza a ação visando a uma determinada finalidade, conforme APN nº 226 – STJ/Corte especial/rel. Min. Luiz Fux, Jul.01/08/2007, pub. DJ 08/10/2007, p.187. Nesse sentido apontar que vários crimes tipificados na lei nº 8.666/93 constituem normas penais em branco, neste caso a configuração do delito depende de complementação extraída de normas do Direito Administrativo.

Tipos penais previsto na lei nº 8.666/93:

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.

A autoria do crime descrito pode ser imputada não só a autoridade responsável pela contratação mas a todos os servidores incumbidos do exame das formalidades legais. A jurisprudência entende que basta o dolo e prejuízo aos cofres públicos para a configuração do crime (AMORIM, 2012, p. 21).

O crime do parágrafo único envolve a conduta de terceiros, aquele que não se enquadre na condição de servidor público, mas que tenha concorrido de algum modo para a atividade criminosa descrita no caput do artigo e dela tenha tido benefício. Tal imputação criminal não tem existência “autônoma”, é condição *sine qua non* a existência do crime do caput para que o crime descrito no parágrafo único ocorra (AMORIM, 2012, p. 21).

Em observância aos julgamentos do STJ relacionados a denúncias de crimes tipificados no art. 89 da lei nº 8.666/93 nota-se que não há de se falar em crime quando há a contratação, ainda que efetuada de modo indevido, que resulta a celebração de contrato vantajoso para a administração (STJ, HC n. 94.720/PE).

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:
Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

A conduta criminosa a qual se refere o art. 90 envolve necessariamente o concurso de agentes que podem ou não ser agentes públicos (STJ, HC nº 26.089/SP), o dolo é específico, deve restar

demonstrada a intenção de obtenção de vantagem, ainda que para outrem. O verbo “frustar” equivale a impedir a disputa no certame licitatório, ato que pode ser feito por agente público ou particular. “Fraudar” significa impedir de algum modo integral ou parcialmente a eficácia da competição. A tipificação criminal supra citada comumente abrange os chamados cartéis em licitações, caso em que há dolo de excluir algum participante do procedimento (AMORIM, 2012, p. 24). O crime se consuma com a caracterização da frustração ou da fraude, ainda que o conluio tenha existido em apenas uma etapa da licitação.

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O agente sujeito a tal tipificação é necessariamente servidor público, trata-se, pois, de crime próprio. O dolo é específico. Há vício motivador da instauração da licitação ou formalização do contrato o qual visa o proveito particular em detrimento do interesse público. Trata-se de modalidade especial de delito de advocacia administrativa, tipificado no art. 321 do CP (AMORIM, 2012, p. 27).

É importante ressaltar que o redator do artigo dispõe que para configurar o crime, a licitação ou contrato administrativo fraudados devem ser antes invalidados pelo Poder Judiciário, o que representa uma dificuldade na aplicação da pena para o crime tipificado neste artigo, de outro modo, a conduta do agente público pode ser enquadrada como advocacia administrativa “genérica” (AMORIM, 2012, p. 27).

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:
Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.
Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

Trata-se de crime próprio de servidor público; A responsabilidade criminal ao particular, conforme disposto no parágrafo único, depende de sua efetiva participação na consumação da ilegalidade, não podendo se dar na modalidade culposa ou apenas em decorrência de ter sido beneficiado. O dolo deve ser considerado quando orientado a proporcionar vantagem indevida aos licitantes e aos demais participantes (STJ, APN nº 226/SP).

O crime pode se dar por ação ou omissão, que venha a propiciar vantagem indevida ao particular. O Verbo “admitir” equivale a aceitar; “possibilitar” significa propiciar a oportunidade; e “dar causa” abrange qualquer tipo de ação ou omissão que tenha contribuído para a ilicitude. O crime consuma-se na concretização da vantagem indevida (AMORIM, 2012, p. 32).

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Trata-se de crime comum, que pode ser praticado por servidor público ou demais pessoas. É necessário o dolo, bastando a vontade de burlar de algum modo o procedimento da licitação. O verbo “impedir” equivale a obstar, “perturbar” equivale a atrapalhar e “fraudar” equivale a burlar. Não é necessário a ocorrência de prejuízo para a administração para que se configure o crime (AMORIM, 2012, p. 33).

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

Trata-se de crime próprio de servidor público. Na modalidade de “proporcionar a terceiros o acesso aos dados sob sigilo”, o crime passa a ser concurso necessário de agentes, caso em que o particular pode atuar como coautor ou partícipe. O crime vem a se consuma quando ocorre o acesso indevido ao conteúdo da proposta sob sigilo, ou com ação ou omissão que enseje o acesso, se o particular aproveita de determinada situação para ter acesso a dados sigilos, porém, sem a participação de funcionário, não fica configurado delito do art. 94, mas de forma adversa (AMORIM, 2012, p. 35).

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

O crime descrito pode ser praticado servidores ou particulares. “Afastar” significa eliminar do certame. Para a hipótese de oferecimento de vantagem, deve necessariamente tratar-se de vantagem material. O crime se consuma tanto com o afastamento efetivo ou com a tentativa de afastamento de licitante com o uso dos meios mencionados, ainda que incompleta ou ineficaz. É necessá-

rio, para tanto, vínculo causal entre o afastamento do licitante e a conduta ilícita (AMORIM, 2012, p. 38).

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

I - Elevando arbitrariamente os preços;

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

III - Entregando uma mercadoria por outra;

IV - Alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - Tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

O sujeito ativo vem a ser qualquer indivíduo que participe do procedimento da licitação ou contratação, sendo necessário apenas o dolo genérico. A rigor, a tipificação do inciso II estaria abrangida pela formulação mais ampla do inciso III, o que não chega a trazer consequências práticas para a persecução penal. Quanto ao inciso III, não há crime se após a substituição de mercadoria não gerar vantagem financeira para a contratada. O mesmo princípio se aplica ao inciso IV. O crime somente tem consumação com a concreta contratação pela administração, quando induzida a erro na seleção da proposta mais vantajosa (AMORIM, 2012, p. 40-41).

O STF proferiu decisão (HC nº 102063/ES), que interpreta que tal tipificação descrita no artigo também se estende a hipótese de contratação de bens e serviços.

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

A penalização do crime descrito no *caput* do artigo só aplicada a funcionário público, já o parágrafo único tipifica delito comum. Em ambos os casos, é essencial que o agente tenha a conhecimento da existência de idoneidade e aja com dolo de obter vantagem e prejudicar a administração pública (AMORIM, 2012, p. 43).

A interpretação do artigo é de que as empresas inidôneas não podem participar da licitação, porém, não há crime quando a participação é devida a força de liminar judicial, posteriormente revogada. Configura-se o crime é na fase da habilitação das empresas, quando a administração verifica as condições dos licitantes. O crime se descaracteriza caso a licitação seja extinta, salvo se esse for o motivo da extinção (AMORIM, 2012, p. 43).

Art. 98. 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:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Refere-se a crime próprio de funcionário público, é necessário dolo de obter vantagem para si ou para outrem, ou de causar prejuízo para a administração. O verbo “obstar” equivale a negar; “impedir” a inviabilizar; “dificultar” consiste na criação de empecilhos. Promover “alteração” é modificar o conteúdo do registro; “suspensão” equivale à restrição da produção de efeitos, enquanto por “cancelamento” se entende a extinção definitiva do registro. A conduta “injusta” é aquela sem embasamento legal. Na primeira parte do artigo, o crime se consuma com o efetivo impedimento ou dificuldade da inscrição; na segunda, com a efetiva alteração, suspensão ou cancelamento (AMORIM, 2012, p. 44-45).

Além dos tipos penais presentes na Lei nº 8.666/93, é importante atentar para a redação dos artigos 84 e 85:

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.

§1º 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.

§2º 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.

Do modo descrito no art. 84, o conceito de “servidor público” equivale ao que se pode denominar “agente estatal”, de modo abrangente, não havendo a necessidade de vínculo formal (estatutário ou celetista) entre o Agente e a administração.

Art. 85. As infrações penais previstas nesta Lei pertinem às licitações e aos contratos celebrados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, e quaisquer outras entidades sob seu controle direto ou indireto.

O artigo reflete o princípio pelo qual as infrações previstas na lei especial de licitações são aplicáveis ao Poder Público e, de forma ampla, as entidades sob seu controle direto ou indireto, não se estendendo, porém, a entes da natureza privada.

Decreto-Lei nº 201/67

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

Os crimes tipificados neste artigo são crimes específicos e referem-se exclusivamente ao Chefe do poder Executivo Municipal, não se estende a outros membros da administração Municipal ou de outras esferas federativas. O crime só existe quando o agente está no exercício cargo de prefeito, seja titular ou substituto (STF, Súmula 703; STJ, Súmula 164). Os diversos incisos deste artigo, em grande parte, consistem em normas penais em branco, necessitando, assim, de complementação por outras leis ou normas (OLIVEIRA, 2007, p.30).

I - Apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

“Apropriar-se” tem o sentido de tomar para si ou para outrem, apropriando-se de algo que não lhe pertence; “desviar a extraviar, desencaminhar ou modificar o destino. O crime é consumado com a apropriação ou o desvio da finalidade da coisa pública, não havendo a necessidade de lucro perene para o prefeito. Admite-se a tentativa (OLIVEIRA, 2007, p.32).

II - Utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos;

“Utilizar” significa fazer o uso e/ou fruir dos benefícios de algo, em prol de si próprio ou de terceira pessoa. Não é qualquer uso indevido do bem público que constitui crime, sendo necessário o exame do caso sob a ótica dos princípios da razoabilidade da lesividade, pois, algumas ocorrências podem se esgotar na esfera do ilícito administrativo. O crime se consuma com o uso, admite-se a tentativa (OLIVEIRA, 2007, p.37.38).

III – Desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;

Existe apenas a modalidade dolosa. “Aplicar” indevidamente” equivale a fazer o uso de modo que, embora não propriamente ilícito, não encontre amparo na legalidade. “Verbas Públicas” devem ser entendidas como valores pertencentes à pessoa de direito público. O crime se consuma quando é dada destinação diversa daquela prevista em lei, ou aplicada em finalidades diferentes da prevista na lei orçamentária. (OLIVEIRA, 2007, p.41-42).

IV - Empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam;

Existe apenas a modalidade dolosa. As definições legais dos termos “subvenção” e “auxílio” constam da Lei nº 4.320/64, respectivamente no §3º e no §6º do art. 12. Por “empréstimo” se entende a cessão temporária de bem móvel, a título oneroso ou não. “Recursos de qualquer natureza” é um termo abrangente, podendo se referir a pecúnia ou bens, móveis ou imóveis, que tenham sido repassados ao município para uso determinado em lei ou programa. O crime se consuma com o efetivo emprego indevido. Admite-se a tentativa (OLIVEIRA, 2007, p.43-44).

V - Ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes;

Existe apenas a modalidade dolosa, bastando o dolo genérico, ou seja, a ciência da falta de autorização legal ou da inobservância das normas aplicáveis. O ato de “ordenar” deve partir do próprio prefeito e se dirigir a subordinados. O prefeito pode “efetuar” diretamente, efetivando ele mesmo a transação. O termo “despesas” é amplo e abrange quaisquer gastos arcados com verba pública, os quais devem estar previamente autorizados em lei orçamentária. No que interessa ao tipo penal, a ilegalidade pode residir tanto na falta de previsão legal do gasto como na inobservância das normas financeiras incidentes na operação, ainda que haja previsão orçamentária. O crime se consuma com a efetivação da despesa, diretamente ou por ordem do detentor do mandato (OLIVEIRA, 2007, p.45-47).

VII - Deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título;

Existe apenas na modalidade dolosa. O crime é de natureza omissiva e consiste na inobservância da obrigação legal de prestar contas perante entidades ou órgãos distintos daqueles elencados no inciso anterior. Consumação: o crime se consuma na data em que as contas deveriam ter sido prestadas e não o foram. Por se tratar de conduta omissiva, não se admite a tentativa (OLIVEIRA, 2007, p.48-49).

XI - Adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei;

Existe apenas a modalidade dolosa. A lei 8.666/93 elenca nos arts. 24 a 26 a hipóteses dispensa e de inexigência de licitação. O crime se consuma com a aquisição dos bens ou a realização das obras ou serviços irregularmente contratados. Admite-se a tentativa (STJ, RHC nº 11.290/MG). A penalização para tal crime é previsto no §1º do art.1º deste Decreto-Lei com pena de detenção de 3 meses a 3 anos. O §2º discorre que a condenação em qualquer dos crimes definidos no artigo supra

citado acarreta a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos (OLIVEIRA, 2007, p.45-46).

XXIII – realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei.

Transferência voluntária consiste no repasse de recursos correntes ou de capital de um ente da Federação para outro, a título de cooperação ou assistência financeira, sem o escopo de descentralização (execução de serviços da competência de um ente por outro ente) e sem a existência de imposição legal ou constitucional. Os requisitos para a transferência voluntária são estabelecidos pelo art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal. O crime é comissivo e se consuma com a realização ou recebimento da transferência voluntária ilegal ou irregular (OLIVEIRA, 2007, p. 78-79).

Lei nº 9.613/98

A Lei nº 9.613/98 foi sancionada com o intuito de criminalizar prática conhecida como lavagem de dinheiro. A necessidade de institucionalização dessa Lei veio do fato que a persecução penal para os delitos relacionados a esses delitos não era eficiente para a penalização dos sujeitos envolvidos ou mesmo para combater a prática da lavagem de capitais que sempre é antecedida por outro crime (LIMA, 2015, p.286).

A corrupção e o desvio de verbas públicas constituem fenômenos criminosos que muitas vezes antecedem o delito de ocultação de bens ou valores, conhecido como lavagem de dinheiro, daí a importância de abordar os aspectos da Lei 9.613/98, neste trabalho, pois, se não há a lavagem de dinheiro ficam praticamente dirimidas as possibilidades de agentes públicos ou particulares que envolvidos em esquemas de corrupção assim como desvio de verba pública passarem despercebidos diante dos órgãos fiscalizadores e investigativos e de modo a punir os criminosos e restituir o dinheiro público.

Tal tema é de tamanha relevância que ganhou tratamento específico na convenção das nações unidas contra o crime organizado transnacional, chamada de Convenção de Palermo, editada no ano 2000 e internalizada pelo direito Brasileiro por força do Decreto legislativo nº 231/03 e do Decreto nº 5.015/04.

O artigo 6º do Decreto nº 5.015/04 define a lavagem de dinheiro como sendo a) a conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de serem produtos de crime, com o fim de ocultar ou dissimular sua origem ilícita ou ajudar qualquer pessoa envolvida na infração

principal a se furtar às consequências judiciais do crime; b) a ocultação ou dissimulação da natureza, origem localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, sabendo o autor serem os mesmos produtos de crime; c) a aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo o autor se tratarem de produto de crime (GOMES, 2008, p. 101).

Apesar dos esforços dirigidos na elaboração da Lei nº 9.613/98, o País recebeu crítica internacional por meio do relatório da avaliação do Brasil pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), organismo internacional criado em 1989 pelos países membros do G7 com o propósito de auxiliar no combate à lavagem de dinheiro. As críticas foram dirigidas as poucas condenações finais pelo crime, assim como falta de responsabilização civil e administrativa às pessoas jurídicas envolvidas com a lavagem de dinheiro. Objetivando melhorar a eficiência dessa Lei, foi institucionalizada a Lei 12.683.12 que altera elementos da Lei nº 9.613/98 de modo a atender às críticas do GAFI. Foram essas alterações: a) a supressão do rol taxativo de crimes antecedentes, para não restringir os crimes que figuram como antecedentes da lavagem de capitais; “b) fortalecimento do controle administrativo sobre os setores sensíveis à reciclagem de capitais”; c) ampliação das medidas cautelares patrimoniais na hipótese do crime de lavagem de capitais e as infrações que a antecedem (LIMA, 2015, p.287).

Dispositivos relevantes da lei nº 9.613/98:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

O autor do delito pode ou não ter participado de alguma forma da ação criminosa antecedente. O dolo é direto, caracterizado pela vontade consciente de praticar a conduta do tipo. Em tese, é possível a configuração de dolo eventual, fundado em uma mínima consciência da ilicitude (LAVORENTI *et al.*, 2010, p. 541).

O objeto material do delito são os bens, direitos e valores provenientes, direta ou indiretamente, das atividades criminosas elencadas nos incisos, desde que os mesmos possuam transmissibilidade jurídica e valor pecuniário. Na lavagem de dinheiro, “ocultar” equivale a esconder ou omitir, o que pode ser feito de diversas maneiras (por meio de depósitos clandestinos, supressão da escrituração etc.). “Dissimular” refere-se a dar outra aparência, o que também pode ser feito de diversas maneiras (utilização de “laranjas”, contratos inverídicos, excesso de transações bancárias) (DELMANTO *et al.*, 2006, p. 556).

A caracterização do crime de “lavagem” depende da demonstração da existência de crime anterior, necessariamente dentre aqueles listados nos incisos, ainda que de forma indiciária, não

havendo necessidade de condenação penal pelo referido delito. O crime é de mera conduta, dispensando para sua caracterização a ocorrência de resultado naturalístico e se consumando com a prática de atos tendentes e suficientes para a ocultação ou dissimulação da origem ilícita (DELMANTO *et al.*, 2006, p. 559).

V- Contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos:

O presente inciso remete aos crimes do título XI do Código Penal (arts. 312 a 359-H), assim como a crimes contra a administração capitulados na legislação esparsa, incluídos aqueles da Lei nº 8.666/93 e do DL nº 201/67.

VII - praticado por organização criminosa:

Nos termos da Convenção de Palermo, um “grupo criminoso organizado” é aquele formado por três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves e de obter, direta ou indiretamente, benefícios econômicos ou materiais.

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

As modalidades do §1 podem ser praticadas por qualquer pessoa, não necessariamente envolvida na prática do delito antecedente ou daquele do caput. O dolo é direto e específico (finalidade de ocultação ou dissimulação), não é cabível, portanto o dolo eventual. Tais crimes do §1 são autônomos em relação aqueles do caput, não consistindo em mera participação a posteriori, e para a caracterização dos crimes não é necessário a existência de sentença condenatória quanto ao crime do caput, bastando a existência de provas da ocorrência (DELMANTO *et al.*, 2006, p. 560-562).

O crime é de mera conduta, sendo desnecessário o resultado exitoso.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - Utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;

II - Participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

Os elementos subjetivos são nos mesmos termos do parágrafo anterior.

Especificamente em relação ao crime de lavagem de capitais existe a dificuldade de identificar e apresentar a prova do dolo do agente, sendo essa uma das tarefas mais dificultosas no processo penal “seja porque o elemento subjetivo carece de dimensão material, seja pelo fato de ser ele anterior a própria conduta”. Diante da insuficiência de provas diretas do crime resulta a importante prova indireta ou prova indiciária, classe de provas que se torna idônea e útil para demonstrar que houve origem ilícita de valores. Os dados que vem a ser utilizados como prova indireta são dados objetivos tais como aumento expressivo e injustificado do patrimônio, anormalidades em operações financeiras, relação com o tráfico de entorpecentes e ausência de atividade lícita que comprove o aumento patrimonial (LIMA, 2015, p.325).

3.4. AS ESFERAS DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DOS AGENTES PÚBLICOS NAS DIMENSÕES PENAL, ADMINISTRATIVA E CIVIL.

3.4.1 RESPONSABILIDADE DO ESTADO RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Evolução histórica da responsabilidade do Estado

Os casos de corrupção jamais ganharam a repercussão como a dos dias presentes. Emerge a cobrança da sociedade para que o poder público seja composto por instituições mais autênticas moralizadas também para que agentes públicos imputados em condutas corruptas sejam responsabilizados de maneira exemplar. Assim sendo, o combate à corrupção deixou de ser apenas conduta típica presente nos códigos e leis disciplinares, para ser elevado à condição de política pública. Neste ponto, faz-se importante analisar a responsabilidade a qual pode incorrer a Administração Pública.

A responsabilidade do Estado por seus atos passou por transformações ao longo da história. Inicialmente, no período absolutista, acreditava-se que pelo fato de o Rei (figura a qual corporificava o Estado) representar a vontade divina não estaria sujeito ao erro, logo nunca poderia ser responsabilizado. Assim se popularizou a ideia: *The king can do no Wrong* (O Rei não pode errar). Este período ficou conhecido como fase da irresponsabilidade dos atos administrativos. Essa teoria pos-

tergou por mais de 200 anos em alguns países, mas encontra-se ultrapassada é nesse sentido o entendimento de Hely Lopes Meireles (2007, p. 584).

Argumenta Meireles (2007, p. 584) “A doutrina da irresponsabilidade está inteiramente superada, visto que as duas últimas nações que a sustentavam Inglaterra e Estados Unidos, abandonaram-na, respectivamente pelo *Crown Proceeding Act*, de 1947, e *Federal Tort Claims Act*, de 1946”.

Como forma de abrandar o rigorismo da teoria da irresponsabilidade do Estado, a jurisprudência e a doutrina evoluíram, adotando uma teoria civil, baseando-a em alguns princípios do Direito civil. Entretanto, como observa Scatolino e Trindade (2014, p. 808) esta teoria partiu da distinção entre atos de império e atos de gestão, sendo que o estado apenas responderia por atos de gestão. De imediato surgiram críticas a tal teoria, entre elas as que questionavam distinção entre atos de gestão pelo fato de o Estado ser um só, e ainda falta à época de consenso no conceito de atos de gestão e atos de império.

Ultrapassada a teoria da responsabilidade por atos de gestão, surge uma nova teoria só que mais aprofundada nos ditames do direito civil, é a teoria civilista da culpa a qual ainda prevalece nos países de raízes da *Commom Law*. Para esta teoria, a responsabilidade do estado só estaria configurada se demonstrada à culpa *latu sensu* na conduta do agente estatal e o dano causado ao administrado.

A teoria civil da culpa foi alterada a partir da autonomia do Direito Administrativo pela teoria da culpa administrativa, importada do direito francês por “*faute du service*”, no Brasil consagrada como falta do serviço, para essa corrente a responsabilidade civil do estado ocorreria sempre que o dano causado ao administrado derivasse da não existência do serviço prestado pelo estado, quando a lei assim o obriga, ou ainda, da inadequação do serviço prestado. Nesta última acepção conforma alerta os professores Paulo e Alexandrino (2013, p.623) caberia ao administrado o ônus de provar a culpa pela inadequação.

Por fim, ainda se faz presente a teoria do risco que conforme lição de Scatolino e Trindade (2014, p. 809), divide-se em duas correntes: teoria do risco administrativo e teoria do risco integral.

A teoria do risco administrativo estabelece a responsabilização do estado por qualquer dano causado ao particular, desde que provados a conduta do agente estatal e o dano ao particular, pouco importando se o agente teve culpa ou dolo na sua atuação. Contudo, admite-se exclusão da culpa por meio das excludentes de ilicitude, isto é, o estado cabe ao estado demonstrar situações que retiraram a culpa imputa-lhe, são elas: I) culpa exclusiva da vítima, II) caso fortuito ou força maior. III) Culpa exclusiva de terceiro. Já a teoria do risco integral, estabelece que o Estado tem responsabili-

dade de maneira irrestrita, não se admitindo excludentes de ilicitude, Filho (2015, p.1002) argumenta que em tal teoria o estado seria um segurador universal de seus próprios atos.

Não obstante, salienta-se que a teoria do risco também é chamada de Responsabilidade Objetiva do estado.

A responsabilidade no Direito Brasileiro

Preliminarmente, cumpre ressaltar que o direito pátrio buscou diferenciar a responsabilidade por atos omissos e atos por comissão ou ação, a primeira adotada mais a partir de uma concepção doutrinária e jurisprudencial, e a última por uma disposição expressa na Constituição Federal.

Para os atos omissos que causem danos aos particulares percebe-se uma filiação dos tribunais brasileiros a teoria da falta do serviço, a responsabilização estatal só será possível a partir da demonstração por parte do particular da culpa do estado na prestação da atividade administrativa. É nesse sentido a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO Indenizatória Reparação de danos materiais e moral Imóvel destruído pelo deslizamento de terra Ausência de fiscalização Responsabilidade e omissão do ente público, caracterizando a "faute du service". Arbitramento que deve operar-se com moderação ao grau de culpa, ao porte ou condições das partes, bem como o caráter pedagógico que deve representar referida indenização em situações assemelhadas. Precedentes deste Tribunal. Matéria preliminar rejeitada. Recursos voluntários e oficial negados. (TJ-SP - Apelação / Reexame Necessário: 6130820088260368 SP 0000613-08.2008.8.26.0368, Relator: Danilo Panizza, Data de Julgamento: 27/11/2012, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 27/11/2012

Já para os atos comissivos, ou seja, que demonstram uma ação administrativa o art. 37, 6º, dispõe explicitamente que ordenamento brasileiro adotou a responsabilidade objetiva do Estado:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Da leitura do referido artigo depreende-se que apenas as pessoas jurídicas de direito público terão responsabilidade objetiva, inclui-se nesse rol a União, Estado, Municípios, autarquias e fundações públicas. Logicamente, não estão abarcadas empresas públicas e sociedades de economia mista. Porém, há de se fazer ressalvas, conforme, alerta Paulo e Alexandrino (2013, p.1006), em relação as empresas públicas que prestem serviços públicos, pois a elas são concedidas as mesmas garantias das pessoas jurídicas de direito público, logo estão submetidas a mesma responsabilidade objetiva. E também as fundações privadas mantidas exclusivamente por dinheiro público a qual por

receberem subvenção estatal também serão responsabilizadas objetivamente.

Ainda do dispositivo supracitado, extrai-se através da expressão “nessa qualidade” que apenas os agentes públicos investidos em tal condição são abarcados por tal responsabilidade. De maneira que alguém que se passa por funcionário público, o chamado usurpador de função, não responderá de acordo com o art. 37, §6º, pois os atos seriam reputados inexistentes. Situação diversa é o funcionário de fato que possui algum vício na sua investidura como funcionário público, Di Pietro (2015, p. 554) cita como exemplo o funcionário aprovado em concurso, porém ainda não nomeado, os atos de tal agente seriam nulos operando efeitos *ex tunc* (desde o início), porém conservariam em relação a terceiros de boa-fé.

Outro detalhe se insere no fato que o estado tem direito a ação de regresso em relação ao agente estatal causador do dano, porém, tal responsabilidade seria subjetiva, ou seja, cabe ao estado demonstração da culpa ou dolo do agente. Não obstante, assevera-se que os tribunais vedam a denunciação a lide do agente estatal danoso e utilizam como analogia a disposição expressa prevista no mesmo sentido na Lei 8112/90, art 122, §2º (PAULO; ALEXANDRINO, 2013, p.1005). Assim Administração Pública e agente estatal não poderiam figurar como réus no mesmo processo, devendo a ação estatal frente ao agente danoso ser autônoma e, posteriormente, a ação do particular frente a administração pública.

As pessoas jurídicas de direito privado também respondem de acordo com o teor do art. 37, 6º, porém elas deverão ser concessionárias ou permissionárias de serviço público, a grande controvérsia, hoje superada, era se a responsabilidade objetiva prevista no artigo poderia ser utilizada, em ação contra as referidas pessoas jurídicas, por não usuários dos serviços públicos prestados por tais empresas, a jurisprudência afirmou positivamente³⁹, sendo cabível o pleiteio da responsabilização por não usuário (DI PIETRO, 2015, p. 559).

Em regra, o ordenamento brasileiro adotou a teoria do risco administrativo para responsabilização dos agentes estatais, entretanto algumas atividades estatais em virtude do risco que impõe à sociedade e ao próprio estado, os tribunais adotam a teoria do risco integral, entre essas

³⁹ CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO. I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III - Recurso extraordinário desprovido. (STF - RE: 591874 MS, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 26/08/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO).

atividades estão usinas nucleares e conserva, manutenção e dispêndio de substâncias radioativas.

3.4.2. RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS

A expressão agente público representa de forma genérica indivíduos que exercem funções públicas, “que servem ao Poder Público como instrumento de sua vontade ou ação, independente do vínculo jurídico podendo ser por nomeação, contratação, designação ou convocação”. Tal função pode ser exercida de modo temporário ou permanente, e ainda de forma remunerada ou não (MARINELA, 2014, p.619).

Na lição de Di Pietro (2014, p. 596), agentes públicos são “toda pessoa física que presta serviço ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”. Conforme disposto na Constituição de 88, e as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 18/98, compõe a categoria de agente público: agentes políticos; servidores públicos; militares e; particulares em colaboração com o Poder Público (Di Pietro, 2014, p. 596).

Para Hely Lopes Meireles *apud* Diniz (2014, p. 597), “agentes políticos são os componentes do governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais”. Diniz (2014, p.598) conceitua servidores públicos em sentido amplo como “pessoas físicas que prestam serviço ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos”. Nessa definição estão compreendidos os servidores estatutários⁴⁰, os empregados públicos⁴¹ e os servidores temporários⁴². Militares são “pessoas físicas que prestam serviço as forças armadas- Marinha, Exército e aeronáutica – e às polícias militares e corpos de bombeiros dos Estados, Distrito Federal e Territórios” conforme disposto nos arts. 42 e 142 da Constituição Federal de 1988. A categoria dos Particulares em colaboração com o Poder Público representa “as pessoas físicas que prestam serviço ao Estado sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração” (Diniz, 2014, p. 603).

O servidor público no exercício de cargo, emprego ou função está sujeito ao cometimento de atos que ensejam irregularidades nos âmbitos: civil⁴³, penal⁴⁴ e administrativo⁴⁵ (DINIZ, 2014,

⁴⁰ “Sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos” (DINIZ, 2014, p.598).

⁴¹ Contratados sob regime da CLT (consolidação das leis trabalhistas) e ocupantes de emprego público (DINIZ, 2014, p.599).

⁴² Contratados por tempo determinado, exercem função sem estarem vinculados a cargo ou emprego público (DINIZ, 2014, p.599).

⁴³ Reparação de danos patrimoniais.

⁴⁴ Sanções penais.

p.684). Em princípio vale a regra da independência das instâncias, de modo que um mesmo ilícito possa levar o agente a responder separadamente nos âmbitos civil, penal e administrativo. Havendo acumulação dessas responsabilidades, pode haver também a acumulação de sanções e a absolvição em uma das esferas não necessariamente leva a absolvição em outra (CARVALHO FILHO, 2009, p. 721).

O agente público em sua atuação funcional, manifesta a vontade do Estado por meio do ato administrativo. Os limites dessa atuação estão definidos em lei, e ao ultrapassar tais limites o agente pode vir a cometer ato ilícito (COSTA, 2007, p.33).

O ato ilícito é praticado por um indivíduo de forma comissiva ou omissiva, é um ato contrário à ordem jurídica, causa dano e gera responsabilidades (PETRÔNIO BRAZ,1999, *apud* COSTA, 2007, p. 33). A responsabilização ao servidor será reconhecida na existência de uma situação fática em que haja fundamento legal que motive a responsabilização (CARVALHO FILHO, 2009, p. 721).

Vale a citação do texto disposto na Lei nº 8.112/90⁴⁶, que é uma das fontes relevantes para o entendimento da doutrina sobre as responsabilidades do servidor, conforme descrito:

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

...

Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes de contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

No texto da lei nº 8.666/93, também há referência a responsabilização ao agente nos casos procedimentos de licitações, conforme o texto do artigo 82:

Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

⁴⁵ Penalidades disciplinares.

⁴⁶ Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da união, das autarquias e das Fundações Públicas Federais.

3.4.2.1 Responsabilidade Penal

A responsabilidade penal é devida na existência de crime ou contravenção. Para a caracterização de ilícito penal é necessário a existência de elementos que se assemelham aos demais atos ilícitos, porém com certa distinção: a conduta de ação ou omissão deve ser contrária ao direito e estar tipificada na lei penal ou em lei específica como crime ou contravenção; na autoria do ato é admitida o dolo ou culpa do agente, sem possibilidade de responsabilidade objetiva; deve haver relação de causalidade entre a conduta do agente e o prejuízo identificado; deve haver a existência de dano ou mesmo o risco de dano (DI PIETRO, 2014 p. 656-687).

Na tipologia dos crimes existem “ (a) os crimes próprios dos funcionários públicos; (b) os fatos que só serão crimes se praticados pelos funcionários públicos e (c) os casos em que a condição de funcionário público agrava a pena” conforme o pensamento de Cretella Junior (1993) *apud* Costa (2007, p.37 - 38). A aplicação penal referente ao primeiro caso está elencada nos artigos de 312 a 326 do Código Penal, título específico dos crimes contra a Administração Pública. Para a caracterização desses crimes é necessário a qualidade de funcionário público, porém alguns crimes admitem a responsabilização de particulares quando atuam em conjunto com funcionário público (COSTA, 2007, p.38). No caso dos crimes tipificados na lei 8.666/93 as penas são acrescidas em um terço quando os autores de tais crimes forem ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança na administração direta, autárquica, fundacional e empresas controladas direta ou indiretamente (COSTA, 2007, p.40).

Segundo Di Pietro (2014, p. 687) “para fins criminais, o conceito de servidor público é amplo, mas se aproximando do conceito de agente público”. Conforme o artigo 327 do CPB, é considerado “funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

A apuração criminal de atos ilícitos praticados por servidor público é de competência do poder judiciário (DINIZ, 2014, p. 687). Vem a convergir com esta afirmativa, o entendimento de Carvalho Filho (2009, p.723) para o qual “a matéria da responsabilidade penal é típica das áreas do direito penal e processual penal e exige que a solução final do litígio seja definida pelo poder judiciário”.

Como visto em citação do art. 125 da lei nº 8112/90, existe a independência das sanções das esferas de responsabilidade, entretanto, quando há a apuração criminal na esfera penal, a de-

cisão judicial dessa, pode interferir no andamento das outras esferas. Deste modo se precedente a condenação na esfera penal há o reconhecimento automático da responsabilidade nas outras duas esferas. Ainda conforme o artigo 126 da lei citada, “a absolvição pela negativa da autoria ou inexistência do fato também interfere nas esferas administrativa e civil” (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 386).

3.4.2.2 Responsabilidade Administrativa

A responsabilidade administrativa do servidor público, no entendimento de Costa (2007, p.40), “decorre de condução omissiva ou comissiva que viole seus direitos funcionais”. A apuração dos fatos é de responsabilidade da administração pública, que é feita mediante processo administrativo disciplinar (PAD), tal processo é feito de modo que garanta ao acusado o direito ao contraditório e ampla defesa, nos termos do art.5º, inciso LV da constituição.

Os meios para apuração dos atos cometidos pelos servidores conforme a lei estatutária, “são os sumários, compreendendo a verdade sabida e a sindicância, e o processo administrativo disciplinar” (DINIZ, 2014, p. 686).

A jurista Di Pietro (2014, p. 685) afirma que: “o servidor responde administrativamente pelos ilícitos administrativos definidos na legislação estatutária e que apresentam os mesmos elementos básicos do ilícito civil: ação ou omissão contrária a lei, culpa ou dolo e dano”.

A lei nº 8.112/90 de efeito na esfera federal, normatiza o processo disciplinar nos arts 143 a 182, e define no art. 127, como penalidades possíveis aos atos contrários ao estatuto do servidor, advertência, destituição de cargo em comissão, destituição de função comissionada, suspensão, demissão e cassação de aposentadoria, nesta lei também estão definidas as hipóteses de enquadramento de cada penalidade (Diniz, 2014,p. 686).

A mesma lei discorre que em caso da aplicação da penalidade de advertência ou suspensão por menos de 30 dias não é necessário a instauração de PAD, bastando a sindicância para apurar a infração cometida. A sindicância atua como um meio mais ágil para apurar atos irregulares, da conclusão da sindicância podem resultar: o arquivamento do processo; ou a aplicação de advertência ou suspensão; ou a instauração de PAD, em caso de penalidades mais graves (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 387).

Os ilícitos administrativos em questão, se diferem dos ilícitos penais pela natureza da sanção, pois para o primeiro não há hipótese de privação de liberdade. Também há distinção dos ilícitos, pois na esfera administrativa a grande parte das infrações não são definidas com precisão, signi-

ficando, conforme Diniz (2014, p. 686) que “...a administração dispõe de certa margem de apreciação no enquadramento da falta dentre os ilícitos previstos na lei, o que não significa possibilidade de decisão arbitrária, já que são previstos criteriosamente serem observados obrigatoriamente”. Conforme art. 128 da lei 8112/93, para a aplicação das penas, devem ser considerados elementos como a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela providos.

3.4.2.3 Responsabilidade Civil

No entendimento de Di Pietro (2014, p. 684) “a responsabilidade civil é de ordem patrimonial e decorre do artigo 186 do código civil, que consagra a regra aceita universalmente, segundo a qual todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo”.

A responsabilidade civil em regra decorre do ato ilícito, e conforme disposição do código civil, no texto do art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (COSTA, 2007, p. 36). A responsabilidade civil do agente público consiste em aplicar ao agente a obrigação de reparar o dano causado de acordo com o limite de sua atuação danosa (CRETELLA JUNIOR, 1993, *apud* COSTA, 2007, p.36).

De acordo com o supra citado, é possível verificar que para a existência de ilícito civil, é necessário a existência de: ação ou omissão, que sejam contrários a ordem jurídica; culpa ou dolo, mas existem situações em que são aceitas a não comprovação de culpa do agente sendo atribuída a responsabilidade objetiva⁴⁷ outra exceção é a da culpa presumida; “relação de causalidade entre a ação ou omissão e o dano verificado”; a existência de dano que seja material ou moral (DI PIETRO, 2014, p. 684).

Na hipótese de responsabilização ao agente, há que se falar em dano causado ao Estado e dano causado a terceiros, casos que são tratados de forma distinta pela administração. No primeiro caso os fatos são apurados pela própria Administração, por processo administrativo disciplinar que garante a defesa e contraditório, conforme garantia constitucional, art. 5º, inciso LV (DI PIETRO, 2014, p. 684).

Em dano comprovado ao Estado, é possível a aplicação de desconto dos vencimentos, desde que previsto em lei, independe da autorização ou vontade do servidor, tal feito representa a auto executoriedade dos atos administrativos, isso não exclui a possibilidade de provocação judicial para

⁴⁷ Sem culpa

impedimento da execução financeira (DI PIETRO, 2014, p. 685). “Em casos de crime que resulte prejuízo para a Fazenda Pública ou enriquecimento ilícito, ele ficara sujeito a sequestro e perdimento de bens, porém com intervenção do Judiciário...” no entendimento do Decreto-Lei nº 3.240/41 e da lei nº 8.429/92⁴⁸, arts. 16 a 18 (DI PIETRO, 2014, p. 685).

Ao tratar de danos causados a terceiros vale a norma do art. 37, §6º, da Constituição Federal, caso em que o estado responde objetivamente pelo dano, mas tem direito de regresso contra o servidor que causou o dano, desde que haja a existência de culpa ou dolo (DI PIETRO, 2014, p. 685).

A responsabilidade imputada ao Estado e ao agente público não se confundem, pois, o Estado responde de forma objetiva, e o agente, de forma subjetiva, é a norma constitucional, em seu art. 37, §6º, segundo a qual, o Estado responde pelos danos causados pelos seus agentes, mas tendo assegurado o seu direito de regresso ao causador do dano, se provada a culpa do agente. Já para a responsabilidade do Estado em indenizar o lesado basta que seja demonstrado o dano e o nexo causal, da atuação do estado em relação ao prejuízo causado a terceiros (COSTA, 2007, p. 35-36).

4. DISCUSSÃO

4.1 CASUÍSTICAS DE CORRUPÇÃO E FRAUDE EM PROCEDIMENTOS

Por meio da ação de indivíduos que tem participação direta ou indireta nas contratações de bens e serviços da Administração Pública, diversas condutas fraudulentas são passíveis de serem verificadas. Tais situações se confirmadas estão sujeitas, por sua vez, de aplicação penal disposta nas leis esparsas e no código Penal como já apontado. As casuísticas aqui abordadas são elementos encontrados em casos particulares e recorrentes nos procedimentos que quando identificados remetem a existência de irregularidades e possivelmente ao cometimento de crimes

Apontar todas as condutas fraudulentas possíveis de serem encontradas em compras, contratos e licitações da Administração seria uma descrição exaustiva e praticamente impossível de ser elaborada. Mesmo que se tratasse de um longo processo de pesquisa e levantamento de dados seria virtualmente impossível apontar todos, esforço esse que vai muito além de um mero trabalho monográfico. Seria improvável identificar todas as prováveis situações de corrupção no processo de compras e licitação visto que em cada região do Brasil as ações corruptas são distintas, praticadas

⁴⁸ Conhecida como lei da improbidade administrativa disciplina o art. 37, § 4º da Constituição Federal (DI PIETRO, 2014, p. 685).

pelos administradores e particulares que tentam burlar a legislação e os procedimentos administrativos para lograr vantagem indevida. Com base em crimes recorrentes em inquéritos policiais publicados e em processos criminais em trâmite ou julgados do judiciário, é possível, entretanto, apontar as situações mais corriqueiras. As irregularidades citadas foram transcritas do manual de atuação na defesa do patrimônio público, do Ministério Público do estado de Goiás, que teve como coordenadora de pesquisa Marlene Nunes Freitas (1996).

Irregularidades em licitações: (FREITAS, 1996, p.45-53)

É pelo procedimento de licitação que a administração faz a escolha da proposta mais vantajosa e homologa a empresa vencedora do certame, por isso as licitações são alvo recorrente de ações que visam fraudá-las. São verificadas diversas condutas que sinalizam possíveis práticas criminosas nas etapas do procedimento da licitação, são elas:

Quando é identificado que houve repasses de informações de caráter sigilosas, de conhecimento restrito da Administração, a determinada licitante frustrando dessa forma a isonomia da concorrência da licitação.

Na existência de vínculo ou relacionamento entre funcionário público envolvido em qualquer fase da licitação, mesmo fases que antecedem o início dela, com representantes da licitante ou pessoas que tenham ligação, mesmo que seja indireta com a empresa licitante.

A publicação de Edital licitatório com existência de pré-requisitos que só poderiam ser cumpridos por uma das empresas interessadas no certame. Evidenciam-se os indícios dessa modalidade de fraude quando os requisitos citados extrapolam a necessidade da Administração e apresenta-se inadequado para o objeto da licitação

Se os atos do certame são realizados em dia não útil (por ex.: Apresentação de proposta).

Na hipótese de desabilitação fraudulenta de empresa vencedora do certame: ocorre quando mediante conluio entre empresas licitantes, a vencedora do certame deixa de apresentar documento obrigatório, cumprir requisitos, ou mesmo desiste do contrato.

A realização de licitação na modalidade convite, em que a administração não consegue comprovar que houve o convite a no mínimo três interessados, ou ainda na situação em que houve três convites, que as interessadas tinham os requisitos básicos para participar.

O recebimento de documento inidôneo ou incompleto de empresas licitantes, causando dano às demais licitantes.

A ausência de publicação e divulgação do edital, caso em que frustra caráter competitivo do certame, por impedir que todas as interessadas tenham a possibilidade de concorrer, causando a participação de apenas uma licitante no procedimento ou mesmo a dispensa fraudulenta do certame.

A licitação em que a vencedora do certame, não possui sede ou atividades, ou seja, inexistente. Nessa hipótese a empresa pode ter apresentado documentação aparentemente idônea e preencha os requisitos estabelecidos no edital, fraude que vem a frustrar o caráter competitivo da competição.

A licitação em que a empresa vencedora do certame possui quadro societário com a presença de interpostas pessoais (“laranja”). A empresa possui atividades e instalações, porém, os sócios legais exercem apenas a função de ocultar os verdadeiros responsáveis pela empresa.

A Existência de conluio entre as licitantes, que pode ser comprovada pela relação direta ou indireta entre pessoas de interesse na empresa.

Irregularidades na celebração de contratos. (FREITAS, 1996, p.45-53)

São os sinais que podem identificar a possível existência de fraude na celebração de contratos:

A existência de mais de um fornecedor do mesmo tipo/modelo ou característica do bem, quando a justificativa para a contratação de determinada empresa é de que a mesma oferecia com exclusividade o produto fornecido.

Na contratação direta de empresa por situação emergencial, para adquirir bens ou contratar serviços, hipótese prevista na Lei nº 8.666/93, repetidas vezes, sem realizar certame posteriormente para regularizar a situação.

A realização de contratação direta, por situação emergencial ou de calamidade pública, para adquirir bens que não se encaixam nessa justificativa, ou que a circunstância da contratação não apresente tal emergência. (Ex.: Aquisição de sabão em pó).

Na realização de contratação direta de empresa para aquisição de produto com preço superior ao preço de mercado, sem a devida justificativa da contratação.

O fracionamento indevido de objeto da contratação a fim de justificar a ausência de procedimento licitatório. É uma prática recorrente na administração, realizada com base no art. 24, I, da Lei 8.666/93. Ocorre quando da necessidade de contratação de um serviço ou compra à administração, tal feito é realizado mediante assinatura de vários contratos, em vez da assinatura de apenas um

contrato global para a prestação de serviço ou aquisição, artifício utilizado para não obter contrato com valor maior que o valor que permite a dispensa da licitação.

A Contratação de empresa que atua em área distinta da área referente ao objeto da contratação.

Se o Administrador Público deixa de realizar concurso para contratação de funcionários, cujo cargo desempenha atividades da área fim do ente-público. Caso em que o concurso é obrigatório.

Se forem Elaborados contrato com objeto não definido. Quando o administrador ao descrever o objeto, emprega termos indefinidos ou de difícil compreensão, tornando difícil a averiguação do efetivo cumprimento do contrato. É o exemplo do seguinte objeto: promover a saúde no ambiente de trabalho.

Quando há a Contratação de empresa para prestação de serviço sem procedimento de licitação, com a justificativa que a contratada possui notória especialização, com base no disposto no art. 25, II, da Lei 8.666/93, mas para tanto não apresenta a qualificação necessária referente a especialização distinta das demais empresas que atuam com o mesmo objeto contratado.

Na Contratação de empresa para prestação de serviço sem procedimento de licitação, com a justificativa que a contratada possui notória especialização, com base no disposto no art. 25, II, da Lei 8.666/93, quando o serviço a ser prestado apresenta baixa complexidade, o que não justifica contratação de empresa com especialidade comprovada.

Irregularidades na execução de contratos: (FREITAS, 1996, p.45-53)

Na execução do contrato também podem ser identificadas condutas fraudulentas cometidas por agentes envolvidos visando o desvio de recursos públicos:

A contratada não possui de fato, suporte financeiro para executar o serviço ou fornecer o bem, mostrando-se inviável o cumprimento do contrato, apesar de ter apresentado documentação comprobatória de situação financeira condizente com os requisitos do certame.

Se a contratada não possui estrutura física necessária à execução do contrato ou fornecimento do bem, no que tange a quantidade de funcionários, capacidade produtiva, frota motorizada, dentre outros requisitos à execução do contrato.

Falta de prestação de contas, do serviço licitado ou do material adquirido. Pode aplicar-se a situação em que a contratada deixa de entregar material ou prestar serviço, podendo haver conivência de funcionário público responsável pela gestão do contrato.

Se a contratada faz a entrega de materiais ou presta serviço fora das especificações estabelecidas em contrato. Podem ocorrer situações de recebimento de material vencido, ou de marca ou qualidade distinta da estabelecida, e no caso de serviços distinto ou inferior ao contratado.

Na detecção de superfaturamento por aumento do valor do bem ou serviço contratado. Ocorre quando o há incompatibilidade entre o preço praticado pela empresa contratada e o preço de mercado ou pelo chamado “jogo de planilha” onde a contratada aplica aumento significativo do preço global em serviços vulto significativo.

Se ocorre a oneração por meio de especificações desnecessárias para o bem a ser adquirido ou serviço a ser prestado. Há a inserção de características que são desnecessárias para o produto ou serviço a fim de elevar o valor a ser pago pela administração.

Na majoração injustificada da quantidade de material a ser adquirido a fim causando oneração para a administração, aplica-se a casos em que a administração necessita de quantidade inferior de produtos adquiridos.

Quando há a contratação de empresa para manutenção de bens que não tem mais utilidade para a administração. (Ex.: maquinas de escrever)

Se a contratação de empresa para manutenção de bens na hipótese em que a troca por bens novos seria menos onerosa.

Se há o pagamento de bens e serviços não previstos em contrato. Aplica-se quando apesar de o objeto do contrato estar bem definido em contrato, a administração passa a arcar com custos que não foram previstos anteriormente ou não estão em contrato.

Na inclusão injustificada de cláusulas em contrato que são antieconômicas para a administração. Nesse caso a contratada vem a deter vantagem que onera a execução do contrato.

Na contratação de músico com a justificativa que o profissional é consagrado pela opinião pública caso em que a licitação é inexigível (art. 25, III, da Lei 8.666/93), mas não comprova a presença do requisito que justifica a ausência do certame.

Quando ocorrem pagamentos de valores em desconformidade com cláusulas do contrato. É o caso de efetuar pagamentos a vista quando o contrato prevê que os valores seriam pagos a prazo, ou mesmo adiantar o pagamento de parcelas sem qualquer justificativa.

Na produção de aditamento de contrato entre as partes que descaracterize a modalidade de licitação escolhida no certame. É notória a presença de irregularidade principalmente quando o aditamento é feito em curto espaço de tempo após a assinatura do contrato.

Se a contratada possui características que são incompatíveis com os requisitos exigidos. Tais requisitos podem ser a experiência necessária no ramo, em alguns casos a empresa é constituída no dia da assinatura do contrato ou em data muito próxima.

Se a execução do contrato é realizada por empresas terceirizadas que possuam em seu quadro societário servidores públicos do ente contratante.

Irregularidades na prestação de contas: (FREITAS, 1996, p.45-53)

Na etapa da prestação de contas podem ser verificados outros prenúncios de que houve tentativa de maquiar a existência de irregularidades e ocultar o cometimento de crimes:

Ocorrência de fraude na comprovação dos gastos de dinheiro destinado a execução do serviço. Na tentativa de encobrir a não execução dos serviços, seja de maneira integral ou nos termos do contrato, ou ocultar superfaturamento, a contratada vem a apresentar documentação falsa.

4.2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DAS PRÁTICAS DE “LESA CIDADÃO” (ou “lesa erário público”).

4.2.1. Jurisprudência e a importância da compreensão dos entendimentos judiciais

A jurisprudência surge da necessidade de interpretação das normas jurídicas por aqueles que aplicam a lei. Para Diniz (2014, p.316) é perceptível que havendo uma série de julgados que guardem semelhança nas decisões, tais feitos tornam-se fontes formais do direito.

“Por mais clara que seja uma norma, ela requer sempre uma interpretação.” A frase extraída do pensamento de Maria Helena Diniz (2014, p. 449) faz-se fundamental para o entendimento de que todas as normas necessitam da interpretação judicial na aplicação ao caso concreto, tal máxima afirmativa é devida ao fato de que “Uma mesma disposição pode ser clara em uma aplicação de casos mais imediatos e pode ser duvidosa quando se aplica a outras relações...” que sejam mais indiretas (DINIZ, 2014, p. 449).

Interpretar uma norma concerne “descobrir o sentido e alcance da norma, procurando o significado dos conceitos jurídicos.” As funções da interpretação de acordo com os ensinamentos de Machado Neto (*apud* DINIZ, 2014, p. 449) são:

- 1) conferir a aplicabilidade da norma jurídica as relações sociais que lhe deram origem;
- 2) entender o sentido das normas a relações novas, inéditas ao tempo de sua criação;
- e 3) temperar o alcance do preceito normativo para fazê-lo corresponder as necessidades reais e atuais do caráter social.

O termo jurisprudência possui definições distintas para os juristas do direito Brasileiro.

Diniz (2014, p.315) conceitua jurisprudência desta forma: “conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas e casos semelhantes, constituindo uma norma geral e aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas”.

A definição do Jurista Abelardo Torr  (apud NADER 1988, p.206), admite duas no es para a conceitua o de jurisprudência: Jurisprudência em sentido amplo: “  a coletânea de decisões proferidas pelos juízes e tribunais sobre uma determinada matéria jurídica.” E Jurisprudência em sentido estrito: Para esta acep o o termo representa um “conjunto de decisões uniformes, prolatadas pelos órgãos do poder judiciário sobre determinada questão jurídica”.

Apesar das divergências jurídicas, a doutrina considera como fonte do direito: as leis, os costumes, a doutrina jur dica⁴⁹ e as jurisprudências (CARVALHO, 2009, p. 492).

Não restam d vidas que as jurisprudências sejam capazes de impulsionar o legislador para atualiza o das leis. Ela   de certa forma sensível a evolu o dos valores sociais dinamizando a aplica o da lei e no caso do direito administrativo, às necessidades da administra o Pública e ao atendimento ao interesse público. Em suma pode-se afirmar que a citada   gerada pela atividade interpretativa dos magistrados sobre determinada situa o, contextualizando o disposto em lei. Em regra, para alcançar a decisão de uma demanda jurídica, o magistrado faz incidir a norma geral e abstrata sobre o caso concreto (LIMA, 2004, p. 17).

Além da sua importância para a interpreta o das normas jurídicas, as jurisprudências são amplamente utilizadas por advogados em peti o inicial ou contesta es, de modo a influir na decisão do magistrado, este, porém não fica obrigado a basear-se na jurisprudência apresentada para fundamentar sua decisão judicial, mas pode utilizar-se da mesma para fundamentar sua decisão. Deste modo, uma jurisprudência, por si só, não cria direito (CARVALHO, 2009, p. 493).

4.2.2. Aprecia o jurisprudencial nas licita es do Poder Público.

Este t pico aborda algumas decisões dos tribunais em casos de processos penais concernentes a crimes tipificados na lei n  8.666/93, tratando exclusivamente de irregularidades em licita es. Tais abordagens se fazem imprescindíveis para a percep o da aplica o das leis a casos concretos, pelo poder judiciário.

STF, Inquérito n  2578 - PA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. INDICIADA SEM PRERROGATIVA DE FORO. DESMEMBRAMENTO. POSSIBILIDADE. PRE-

⁴⁹ São ensinamentos e descri es do direito positivo, elaboradas pelos juristas.

CEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. DENÚNCIA. CRIMES DA LEI 8666/93. PREFEITO MUNICIPAL. MENTOR INTELECTUAL. RECEBIMENTO. I - O elevado número de agentes demanda complexa dilação probatória a justificar o desmembramento do feito. Precedentes. Agravo Regimental desprovido. II - Para o regular recebimento da denúncia basta a presença de elementos que indiquem a materialidade delitiva e indícios da respectiva autoria. III - O Prefeito Municipal, ainda que não seja ordenador de despesas, pode ser processado criminalmente pelos crimes previstos na Lei 8666/93 - Lei das Licitações, se a acusação o enquadrar como mentor intelectual dos crimes. IV - Denúncia recebida.(STF - Inq: 2578 PA , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 06/08/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-176 DIVULG 17-09-2009 PUBLIC 18-09-2009 EMENT VOL-02374-01 PP-00063) STF, INQ nº 2664/RJ, Pleno, rel. Min Ricardo, julg. 06/05/2010, pub. 23/02/2011)

Conforme relatório do inquérito supracitado, o devido processo foi instaurado em 28 de novembro de 2000, para apurar possíveis irregularidades em 24 processos licitatórios, sendo 20 sob a modalidade de carta convite e 4 na espécie de concorrência, que tinham o intento de adquirir merenda escolar para a rede pública do município de Santarém, estado do Pará, no exercício de 1998 a 2000.

Nas licitações referenciadas, participavam da concorrência empresas “de fachada”, apresentavam as propostas e chegaram a fornecer produtos com preços notoriamente superiores ao mercado, com um superfaturamento, que chegou a ordem de R\$ 1.970.824,70 (um milhão novecentos e setenta mil , oitocentos e vinte e quatro reais e setenta centavos) tal valor foi identificado por perícia feita em notas e contratos, pelo setor técnico-científico da Polícia Federal , o que configura prática de crimes previstos nos arts. 90 e 96, I, da Lei 8.666/93.

Neste inquérito, originário de denúncia oferecida pelo Ministério Público, foram indiciadas 31 pessoas, sendo que os autos foram remetidos ao STF (Supremo Tribunal Federal), por ter o investigado Joaquim de Lira maia, foro especial estando investido em cargo de Deputado Federal, Prefeito Municipal à época do fato e posteriormente houve o desmembramento do feito e esse foi passado a ser julgado individualmente em relação aos corrêus.

O Colegiado do STF entendeu que deveria receber a denúncia, pois estava evidenciada uma irresponsabilidade objetivo do então ex. prefeito de Santarém e a conduta irregular foi tipificada nos termos dos arts. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967 e 288 do Código Penal, para fins de apreciação na da Casa na ação penal nº 518 – Para.

A investidura em cargo de Deputado federal cessou em 31/01/2015 e o então réu perdeu a prerrogativa de foro. Ante o entendimento do STF de que não detinha mais competência para julgar o caso, os autos foram remetidos a subseção judiciária de Santarém/PA em decisão de 02/02/2015.

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CONSTRUÇÃO DO TRT DE SÃO PAULO. DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 315 e 319 DO CÓDIGO PENAL ATINGIDOS PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PERSECUÇÃO PENAL VOLTADA PARA O ART. 92 DA LEI 8.666/93. PRELIMINARES AFASTADAS. DENÚNCIA QUE NÃO LOGROU PROVAR O DOLO NO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO, NECESSÁRIO À CONFIGURAÇÃO DE CRIME LICITATÓRIO. CONDUTA VISANDO TÃO-SOMENTE A CONCLUSÃO DO EMPREENDIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. 1. Ação penal originária veiculando as condutas descritas nos arts. 315 e 319 do Código Penal c/c art. 92 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública. 2. Consumação da prescrição da pretensão punitiva quanto aos delitos previsto no Código Penal e persecução penal tão-somente voltada para o art. 92 da Lei 8.666/93. 3. A suspensão condicional do processo afastada e não oferecida na oportunidade da denúncia, exige o preenchimento de requisitos legais, dentre os quais a pena cominada em abstrato para cuja verificação influi os institutos do concurso de crimes e de crime continuado, mercê de a jurisprudência do Tribunal não conferi-la a quem seja imputado em outros processos em trâmite pela Corte. Nulidade inócurrenente (precedentes: HC 40780 - SP, Relator Ministro GILSON DIPP, Quinta turma, DJ de 13 de junho de 2005; REsp 623.587 - RS, Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Quinta Turma, DJ de 22 de novembro de 2004; RHC 18.382 - RS, Relator Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ de 05 de maio de 2006; REsp 712.022 - RS, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta turma, DJ de 23 de maio de 2006. 4. A inépcia da denúncia pressupõe a descrição anômala da conduta de sorte a inviabilizar a defesa do imputado, fato inócurrenente, porquanto, além da indicação dos fatos conducentes à tipificação do delito, propiciou ampla defesa na qual houve impugnação específica da inexistência de favorecimento à licitante, bem como da inexistência de desvio de verbas em proveito próprio (precedentes: HC 85.631 - PI, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJ de 24 de fevereiro de 2006; Inq 1.937 - DF, Ministro JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJ de 27 de fevereiro de 2004; HC 31.711 - SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ de 01º de julho de 2004). 5. O tipo previsto no artigo 92 da Lei 8.666/93 reclama dolo genérico, inadmitindo culpa ou dolo eventual posto dirigido ao administrador desonesto e não ao supostamente inábil. É que a intenção de desviar e favorecer são elementos do tipo, consoante a jurisprudência da Corte. Nesse sentido, concluiu o colegiado que: AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA. REQUISITOS LEGAIS. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. 1. Ausentes elementos mínimos de prova capazes de configurar a presença do tipo do art. 89 da Lei nº 8.666/93, que requer o dolo, não há como dar início à ação penal. 2. Denúncia rejeitada. (APn 281 - RR, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Corte Especial, DJ de 23 de maio de 2005)

De acordo com o descrito na Ação Penal nº 226-SP, tal réu respondeu por condutas tipificadas nos arts. 315 e 319 do CPB concorrendo com o art. 92 da lei nº 8.666/93. O processo penal era decorrente de inquérito civil público instaurado para apurar irregularidades na construção do Foro trabalhista de São Paulo, tendo como denunciado o então presidente do Tribunal Regional do Trabalho da segunda região o Juiz Délvio Buffulin, por tomar um crédito orçamentário de

R\$ 22.000.000,00 (vinte e dois milhões de reais) para fins de aditivo de contrato celebrado com a construtora INCAL incorporações S/A, sem realizar o devido processo licitatório .

Segundo as apurações do MPF, foram firmadas duas escrituras públicas de retificação e ratificação para o aditamento do contrato de construção, nos dias 07/06/1998 e 15/07/1998, comprometendo-se o TRT a repassar a empresa citada a quantia de 36.931.901,20 (trinta e seis milhões novecentos e trinta e um mil, novecentos e um reais e vinte centavos), sendo que a mesma já havia recebido a quantia de R\$ 222.625.950.53 (duzentos e vinte e dois milhões, seiscentos e vinte cinco mil, novecentos e cinquenta reais e cinquenta e três centavos); embora constasse em registros que o custo da obra fosse de R\$ 60.341.944.07, o que constituiu um faturamento de R\$162.284.006,46 (cento e sessenta e dois milhões, duzentos e oitenta e quatro mil e seis reais e quarenta e seis centavos) a mais sobre a obra para a empresa INCAL.

Ao fim do julgamento a corte especial do Supremo tribunal de Justiça votou como improcedente a denúncia visto que não houve provas do dolo imputável ao acusado, não havendo desta forma prova do crime, tendo em vista que o Supremo se valeu da orientação de que o Réu não detinha conhecimento técnico sobre o assunto, e teria a presunção de ter agido sem má fé no intuito de finalizar brevemente a obra.

Nesta ação penal, a corte citou trecho do entendimento do Jurista Marçal Justen Filho (APN nº 266, p. 3) de que para o aperfeiçoamento do crime não basta simplesmente o “descumprimento da norma administrativa” e “atribuição de vantagem indevida ao licitante, mas que deve haver o intento de atribuir vantagem ao licitante”. Similarmente houve a citação do pensamento de que “ os crimes tipificados pela Lei nº 8.666/93 não admitem a modalidade culposa”.

Inquérito 2.664-RJ

Inquérito 2.664 – RJ Art. 1º da lei nº 207/97. Alegado superfaturamento de equipamentos hospitalares. Valor contratado menor que o orçado pelo Ministério de Estado da Saúde. Controvérsia quanto ao preço. 3. Ex-prefeita denunciada pelo fato de ser mera ordenadora de despesas e executora do objeto conveniado. 4. Ausência de justa causa. 5. Responsabilidade objetiva incabível no direito penal, decorrente do fato da investigada ser ordenadora de despesas do município e ter praticado atos administrativos meramente formais. 6. Denúncia rejeitada.

Trata-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público a Corte maior, sobre licitação autorizada pela então Deputada Federal Solange Pereira de Almeida, prefeita de Rio Bonito/RJ à época dos fatos.

A denúncia expõe as irregularidades em convenio firmado entre a Prefeitura e o Fundo Nacional de Saúde com a finalidade de aquisição de equipamentos hospitalares. Na ocasião abertura de procedimento licitatório, autorizado pela então Prefeita, que teve como empresa vencedora a SPECTROLAB PRODUTOS E EQUIPAMENTOS LTDA. com a proposta no valor de R\$ 183.754,05.

Em averiguação do Tribunal de contas do RJ constatou-se que houve Superfaturamento na compra dos equipamentos, a averiguação foi comunicada ao TCU por haver na ocasião repasses da união. Por meio de tomada de contas especial apurou-se o sobrepreço na quantia de R\$ 38.637,46. A responsabilidade dada a Prefeita foi devido à sua atuação como ordenadora de despesas ao longo das etapas do convenio.

No caso foram encontradas irregularidades no procedimento da licitação e em notas fiscais apresentadas na prestação de contas, mas o STF, em deliberação, votou por rejeitar a denúncia, haja vista a ausência de provas e de indícios que relacionassem e então Prefeita ao desvio da verba destinada a tal aquisição de mercadorias, ou mesmo visto a insuficiência de informações no inquérito que corroborassem para a presunção de superfaturamento nas aquisições.

4.3. LEVANTAMENTO DE BOAS PRÁTICAS: Caso do Estado do Ceará

O Estado do Ceará, por iniciativa da Secretaria do Planejamento e Gestão (SEPLAG), desenvolveu e instituiu um sistema que veio a aprimorar a gestão de compras governamentais e a progressão da prática da transparência pública. O sistema em referência é o portal de compras do Estado do Ceará, trata-se de uma plataforma que reúne todas as informações e serviços relacionados a aquisições públicas de bens e materiais e a contratação de obras e serviços pelos órgãos e entidades do Estado (SILVA, 2010, p.4).

O portal é estruturado em quatro categorias, sendo que a divisão foi devida a natureza das informações. A primeira categoria de licitações, que permite acesso aos documentos relativos as licitações provenientes da central de licitações do Estado, assim como editais, atas e andamentos da licitações e ainda a transmissão ao vivo dos certames, dentre outros; Categoria gestores que é destinada a leiloeiros e gestores de compras e de registro de preços do Estado podem ter acesso a sistemas de gestão e informação; Categoria registro de preços na qual são disponibilizadas todas as atas de registro de preços referente as empresas cadastradas.; Categoria fornecedores permite consultar

procedimentos em andamento ou mesmo licitações a serem iniciadas, acesso ao catálogo de bens, materiais e serviços e acesso às informações diversas (SILVA, 2010, p.21 - 25).

Com a implantação do portal de compras todas as aquisições dos órgãos e instituições para a serem feitas por meio da plataforma, quando se trata de dispensa de licitação. Outra característica da plataforma foi reunir as informações pertinentes a compras e licitações que é disponível no Estado, antes da existência do portal de compras, as informações disponíveis ao público interessado existiam, mas estavam esparsas, o que dificultava o acesso. (SILVA, 2010, p.7).

Além da centralização das compras do Estado em uma plataforma que é hospedada em um website, também houve a criação da central de licitações, unidade ligada a Procuradoria Geral do Estado (PGE), que é responsável por processar todas as licitações oriundas dos órgãos e entidades do Estado. A central de licitações atua de acordo com as demandas dos órgãos e entidades que a encaminham documentos necessários para instruir a fase preparatória da licitação e então fica responsável pelos atos administrativos provindos do certame (SILVA, 2010, p. 7-8).

As mudanças instituídas no Estado do Ceará evidenciam uma tentativa de sucesso de atuar com mais centralização nos procedimentos de compras do Estado, aumentando a transparência e o controle dos atos. É notório que com o portal de compras ficam dirimidas as possibilidades de existência de algumas irregularidades em compras já apontadas nesse trabalho. Para exemplificar é citado a falsificação de notas fiscais, o conluio de empresa fornecedora com funcionário público, a dispensa de licitação quando não previsto em lei. A dificuldade de cometimento desses crimes vem do congelamento das ações dos agentes que é gerado pela plataforma de compras, na forma que o órgão ou entidade só consegue comprar do fornecedor que previamente ofereça o produto da fornecedora que atenda aos requisitos previamente estabelecidos. Também não há como a instituição fazer aquisição quando o valor da aquisição ensejar a instauração de procedimento de licitação, visto que a plataforma não permite. São ações que mostram a utilização de meios eletrônicos para diminuir a margem de discricionariedade na ação do agente público.

5. CONCLUSÃO

No lastro dos levantamentos versados na presente monografia sobre a problemática que rodeia as compras e licitações na Administração Pública, ao tratar de ações criminosas de agentes que se utilizam do dinheiro público para benefício próprio e de terceiros e prejudicam a destinação finalística dos recursos é possível extrair algumas informações e apontamentos sobre a corrupção e fraude na Administração Pública.

É notório que houve a preocupação por parte do Poder Legislativo Federal em regulamentar as condutas dos gestores públicos, a fim de obstar quaisquer desvios de conduta desses agentes e garantir a manutenção dos Princípios Constitucionais da Administração Pública no que tange as compras e licitações. A legislação específica assim como a Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/02 e o Decreto-Lei 201/67, contribuem de maneira significativa para a padronização das ações da Administração Pública e no cumprimento dos preceitos Constitucionais mas não são eficazes em reprimir o desvio de dinheiro público e a obtenção de vantagem ilícita relacionada aos procedimentos.

Os agentes públicos quando no exercício da função e cometem ato ilícito estão sujeitos as responsabilidades civil, penal e administrativa, mas a efetiva aplicação dessas responsabilidades é uma tarefa árdua tanto no âmbito judicial quanto no administrativo pois há diversas particularidades envolvidas que vão desde a percepção da existência do ato ilícito ou do crime, que muitas vezes vem a conhecimento por denúncias derivadas de constatações de órgãos de controle, como os Tribunais de Contas, do Ministério Público, da Controladoria Geral da União, ou mesmo de percepções externas ao serviço público, até a comprovação efetiva da culpa do agente. Passa ainda pelo mérito da responsabilização do agente a verificação de circunstâncias que podem servir como excludentes de culpa o que se nota principalmente nos processos penais, fator que pode intervir na graduação da sanção.

As ações do Poder Judiciário em atender as denúncias apresentadas são marcadas pela morosidade no andamento do processo criminal e na aplicação da pena, haja visto que a justiça preza pela manutenção do Direito das partes e atende aos preceitos do devido processo legal, tal constatação evidencia que é necessário acima de tudo investir em mecanismos que visem evitar a ação criminosa, pois apesar da amplo rol de aplicação penal existente no Código Penal e em Leis esparsas, a dificuldade de aplicação das penas pode agir como estímulo à prática criminosa.

Diante dos levantamentos, encontra-se suficientemente evidenciado que para reduzir os índices de corrupção e melhorar o desempenho da máquina Pública, a Administração Pública a exem-

plo do caso citado do Estado do Ceará deve congelar as lacunas em procedimentos que possibilitam a existência de corrupção, evadindo as possibilidades do desvio do dinheiro público, favorecimentos, conluíus, fraudes em documentos e vantagens ilícitas. Dessa forma compunham possíveis práticas inibidoras dos crimes que fazem relação às compras e licitações já citados neste trabalho:

A institucionalização de sistemas de compras e licitações, nos quais empresas que se cadastram ofertam seus produtos e a visibilidade pública dos preços praticados pelas empresas assim como de todas as compras efetuadas pelos órgãos e instituições da Administração de modo que antes da apresentação de notas fiscais para a prestação de contas já seja sabido pelo órgão de controle os valores em referência e a quantidade de mercadoria foi adquirida pela respectiva entidade.

A centralização da fonte de pagamentos das aquisições e contratos feitos pelos órgão e entidades em um órgão pagador de modo e efetuar os pagamento diretamente as empresas contratadas e cancelando o envio de verba ao órgão ou entidade, visto que quando necessário as compras poderão ser feitas utilizando as contrais de compras ou na hipótese da inexistência dessas centrais de compras, que os pagamentos sejam efetuados também diretamente a contratada mediante a apresentação de notas fiscais ao órgão pagador. Além da aplicação positiva as hipóteses de compras, a centralização de pagamentos evitaria o crime de dispensa irregular de licitação, já que o pagamento poderia ser realizado apenas com a análise previa da situação legal que se enquadraria a aquisição de produtos ou a contratação de serviços requerida pela instituição.

Em procedimentos de licitações o conluio entre agente envolvido no certame e empresa licitante, visando obter qualquer tipo de favorecimento na licitação, vem a tornar o procedimento ilícito. Estariam reprimidas as possibilidades de conluio se a gestão da licitação fosse em localidade adversa a do órgão ou entidade que necessita da contratação de empresa, ou mesmo da localidade de atuação das empresas concorrentes, pois o favorecimento a determinada empresa em uma licitação pode ser originário de redes de amizade ou contato com funcionário público.

Em algumas hipóteses de irregularidades em licitações pode não haver a participação ou facilitação de agente público, é o caso das situações em que a empresa contratada não possui capacidade financeira ou estrutura física para cumprir os termos do contrato, deste modo sugere-se a fiscalização *in loco* das empresas ganhadoras do certame antes da assinatura dos contratos para averiguar se as empresas possuem os aportes demonstrados na documentação.

Ao fim, notou-se que a legislação pertinente a compras e licitações tem sua eficácia punitiva limitada devido à dificuldade de aplicar a punição aos que cometem crimes, conforme o previsto em lei, contudo sugeriu-se que a Administração Pública baseada na Legislação já existente adote medidas que dificultem a atuação criminosa de agentes internos e externos ao setor público.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMO, Cláudio Weber; CAPOBIANCO, Eduardo Ribeiro. **Licitações e Contratos: Os Negócios entre o Setor Público e o Privado**. 2001. Disponível em: <https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/2887/1/licitacoes_contratos_negocios_setor.pdf>. Acesso em: 18 de novembro de 2014.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. Método, 2008.
- ALVARES, Natalia Silva *et al.* A gestão contemporânea no setor público: um estudo de caso do novo modelo de gestão do IBGE. **Simpósio de excelência em gestão e tecnologia**. 2012. Disponível em: <<http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos12/30616256.pdf>>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.
- AMORIM, Pedro Henrique Muller. **Uma análise jurisprudencial e doutrinária dos artigos penais da Lei 8.666.93 frente os municípios**. 2012. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/71749/000874431.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 de julho de 2015
- BALBINOTTO NETO, Giacomo; GARCIA, Ricardo letizia. **A percepção da corrupção e suas implicações econômicas: Uma aplicação ao setor de obras rodoviárias no estado do RS**. 2004. Disponível em: < http://www.ufrgs.br/ppge/pcientifica/2004_21.pdf>. Acesso em: 04 de abril de 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. rev. e Atualizada, até a Emenda Constitucional 57, de 18.12. 2008. **São Paulo: Malheiros**, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**: São Paulo: Malheiros, 1992.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 01 de novembro de 2014.
- BRASIL. **Lei 8666, 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. Brasília: DF, 1993.
- CARRARO, André; FOCHEZATTO, Adelar; HILLBRECHT, Ronald Otto. O impacto da corrupção sobre o crescimento econômico do Brasil: aplicação de um modelo de equilíbrio geral para o período 1994-1998. **Anais do XXXIV Encontro Nacional de Economia, ANPEC-Associação Nacional dos Centros de Pós-graduação em Economia**, 2006. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A057.pdf>>. Acesso em: 04 de abril de 2015.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. PUC/SP, 2009. Disponível em:<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098895.pdf>>. Acesso em: 27 de junho de 2015.

CARVALHO, José Carlos Oliveira de. **Por dentro das Fraudes**. São Paulo: Lex, 2007.

CASTRO, Fabiano de. **A Corrupção no Orçamento: Fraudes em Licitações e Contratos com o Emprego de Empresas Inidôneas**. Brasília, 2010. Disponível em:<<http://www.redecontrole.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053588.PDF>>. Acesso em: 01 de abril de 2015.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Pesquisa CNI – IBOPE: retratos da sociedade brasileira: qualidade no serviço público e tributação**. Brasília: CNI,2011. Disponível em:<http://www4.ibope.com.br/download/110321_pesquisa_cni_ibope_retratos_da_sociedade_brasileira_tributacao.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2014.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. NBC TA 240. RESOLUÇÃO Nº. 1.207/09.

CONTI, JOSÉ; CARVALHO, André Castro. **O controle interno na administração pública brasileira: qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal**. Direito Público, v. 1, n. 37, 2012.

COSTA, André Lucirton. **Sistemas de compras: a lei de licitação e a função compras da empresa privada**. 1994. Disponível em:<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4785/1199500268.pdf?sequence=1>>.. Acesso em: 18 de novembro de 2014.

CRUZ, Levy. Impunidade na sociedade brasileira: algumas ideias para discussão. **Trabalhos para discussão**, n. 151, p. 1-15, 2002.

DELL, Gillian. *Convenciones anticorrupción en América: lo que la sociedad civil puede hacer para que funcionen: una guía de incidencia para la sociedad civil. Traducido del inglés por: Jennifer Baez. Alemania: Transparency International, 2006. 129 p.* Disponível em:<<https://bvc.cgu.gov.br/handle/123456789/2571>>. Acesso em: 15 de outubro de 2014.

DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Delmanto; DE ALMEIDA DELMANTO, Fabio Machado. **Leis penais especiais comentadas**. Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. 25º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, Editora Atlas, 28ª Edição, 2015.
FIESP. **Relatório corrupção: custos econômicos e propostas de combate**. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>. 2010. Acesso em: 19 de agosto de 2015.

FILHO, José Dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª Edição, Editora Atlas, 2015.

FREITAS, Marlene Nunes. **Manual de atuação na defesa do patrimônio público**. Goiânia : ESMP/GO, 1996 - 258 p. Disponível em:<<http://www.mpggo.mp.br/portalweb/hp/6/docs/manualatuacaopatripu.pdf>> Acesso em 03 de novembro de 2015

FRIEDE, Reis. O direito como ciência. **Direito e Liberdade**, v. 12, n. 2, p. 229-250, 2011. Disponível em:<http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/357/397>. Acesso em: 10 de julho de 2015.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da; BONINI, Paulo Rogério. **Leis penais especiais anotadas**. 11. ed. Campinas: Millennium, 2010.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5º ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LIMA, Marcelo Filgueiras. **Jurisprudencia: uma importante ferramenta na resolução das demandas judiciais**. 2004. Disponível em:<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=0742e7be-6b01-41da-8f32-94850b3a3e2a&groupId=10136>. Acesso em: 10 de julho de 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8. ed. Niteroi: Impetus, 2014. 1.224p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, p. 08-2005, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo: atualizada por Eurico de andrade Azevedo e Vera Monteiro. São Paulo Malheiros. 482 p. 2010.

MORESI, Eduardo. Metodologia da pesquisa. **Universidade Católica de Brasília**, 2003. Disponível em:< http://ftp.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1370886616.pdf>. Acesso em: 11 de Novembro de 2014.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 5º ed. Rio de janeiro: Forense, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. **Parte geral. Parte especial**, 4º ed.rev. atuali.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais , 2008.

OLIVEIRA, Andre Luis Tabosa de. **Crimes de responsabilidade de prefeitos municipais**.2007. Disponível em:< <http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/d.penal-d.proc.penal/crimes.de.responsabilidade.de.prefeitos.municipais%5B2007%5D.pdf>>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

OLIVEIRA, Gercina Alves de. A burocracia weberiana e a administração federal brasileira. **Revista de Administração Pública**, v. 4, n. 2, p. 47-74, 1970.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 3ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXADRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**, 23ª edição, Editora: Método, 2013.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da administração pública burocrática à gerencial**. Revista do serviço público, ano 47, vol. 120, nº I, jan-abr 1996. Disponível em: <www.spell.org.br/documentos/download/36028>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

QUEIROZ, Júnio César Gonçalves. Auditoria de Fraudes: detecção e apuração de fraudes nos convênios federais. **Trabalho de Conclusão de Curso (pós-graduação em Controle Externo)- Instituto Serzedello Côrrea, TCU, 2004**.Disponível em:< <https://acesso Seguro.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053722.PDF>>. Acesso em: 20 de julho de 2015.

SANTOS, Alba Conceição Marques dos. **A administração pública gerencial**. Agosto de, 2003. Disponível em:< <http://www1.seplag.rs.gov.br/upload/AdministracaoPublicaGerencial.pdf>>. Acesso em: 19 de novembro de 2014.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. **Manual de direito Administrativo**. 2ª edição, Salvador: Editora *Juspodvm*, 2014.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. **A economia política da Corrupção. 1996**. Disponível em:< <https://bvc.cgu.gov.br/handle/123456789/2824> >. Acesso em: 26 de outubro de 2014.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. **O controle dos Processos de Licitação: uma Análise de Economia Política.** 1997. Disponível em:< https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/2694/1/o_controle_dos_processos.pdf >. Acesso em: 19 de novembro de 2014.

TRANSPARÊNCIA BRASIL. **Fraude e corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado**. Disponível em:< <https://bvc.cgu.gov.br/handle/123456789/2991> >.2002. Acesso em: 15 de julho de 2015.

SILVA, Valdir Augusto da. O portal de compras do Governo do Estado do Ceará. III Congresso Consad de Gestão Pública. 2010. Disponível em:<

<http://www.portalcompras.ce.gov.br/categoria3/biblioteca-1/O-Portal-de-Compras-III-CONSAD.pdf>>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

WEBER, Luiz Alberto. **Capital social e corrupção política nos Municípios Brasileiros**. Disponível em:<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/7541/1/2006_LuizAlbertoWeber.pdf>. Acesso em: 04 de novembro 2014.

VIANA, Gerardo Valdisio Rodrigues; PEREIRA, Eliéser Sales. Um Estudo sobre o Conhecimento. **Revista científica da faculdade Lourenço Filho**- v,6, n,1, pg 93 – 104, ,2009. Disponível em:<http://www.flf.edu.br/revista-flf.edu/volume06/V6_05.pdf>. Acesso em : 10 de julho de 2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. –19. Ed. 3º tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, P. F. da ; **WAISSMANN, W.** . Normatização, o Estado, e a saúde: questões sobre a formalização do Direito Sanitário.. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 10, n.1, p. 237-244, 2005.

VIEIRA, Padre Antonio. **A arte de furtrar, espelho de enganos, teatro de verdades**.1656 Disponível em:<<http://minhateca.com.br/Bruno.Daesse/Documentos/Livros+de+humanas/A+arte+de+Furtar,15988950.pdf>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2014.

REFERENCIAS COMPLEMENTARES

MEIRELES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.435p.

ABRAMO, Claudio Weber. **Relações entre índices de percepção de corrupção e outros indicadores em onze países da América Latina**. Transparência Brasil, São Paulo, 2003. 10 p. Disponível em:< <https://bvc.cgu.gov.br/handle/123456789/3074>>. Acesso em: 10 de novembro de 2014