

**CURSO DE DIREITO**

Gabriela Vrielink

**FRAUDES NAS LICITAÇÕES: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS CRIMES  
DA LEI 8.666/93**

Santa Cruz do Sul  
2015

Gabriela Vrielink

**FRAUDES NAS LICITAÇÕES: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS CRIMES  
DA LEI 8.666/93**

Projeto de Pesquisa, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como condição para aprovação na disciplina de Trabalho de Curso II.

Orientador: Prof. Ms. Nidal Khalil Ahmad Mohamad Mahmud

Santa Cruz do Sul

2015

## **TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA**

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Gabriela Vrielink adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 04 de novembro de 2015.

Prof. Ms. Nidal Khalil Ahmad Mohamad Mahmud  
Orientador

*Ao meu avô, que sempre torceu pela minha vitória, e sei que segue torcendo, só que agora lá do céu.*

*Quanto mais aprendemos sobre o mundo, quanto mais profundo o nosso conhecimento, mais específico, consistente e articulado será o nosso conhecimento do que ignoramos - o conhecimento da nossa ignorância. essa, com efeito, é a principal fonte da nossa ignorância: o facto de que o nosso conhecimento só pode ser finito, mas a nossa ignorância deve necessariamente ser infinita.[...] vale a pena lembrar que, embora haja uma vasta diferença entre nós no que diz respeito aos fragmentos que conhecemos, somos todos iguais no infinito da nossa ignorância.*

(POPPER, Karl. *A principal fonte da nossa ignorância*)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais, Roseli Maria dos Santos e Carlos Alberto Vrielink, meus irmãos, Bruna Vrielink e Samuel Carvalho Vrielink, meus avós Noeli Vrielink, Demar Vrielink e Fabiana Moraes do Santos e ao meu namorado Rafael de Oliveira Gonçalves, por todo apoio, motivação e compreensão. Sem vocês nada disso teria sentido.

Também agradeço as meus amigos, em especial Maiara Krug e Ana Paula Cordeiro Krug, pelo carinho e amizade durante essa trajetória. Ao professor orientador, Nidal Mahmud, por toda atenção e conhecimento transmitidos na elaboração desta monografia.

## RESUMO

O presente trabalho monográfico trata do tema “fraude nas Licitações uma análise crítica dos crimes da Lei 8.99/93”. Pretende-se, com base na doutrina, legislação e jurisprudência brasileira, verificar porque ocorrem tantas fraudes nas licitações, fazendo uma análise crítica com enfoque penal da prática das disposições legais relacionadas na Lei nº 8.666/93. E, por fim, propor soluções para diminuir as irregularidades que vem ocorrendo nas licitações públicas. Para tanto, utiliza-se da metodologia hipotética-dedutiva, a qual abrange de forma geral a leitura, fichamento e confronto com os preceitos de autores importantes do Direito, bem como alguns julgados de juízes singulares e de tribunais de justiça que tratem da questão em comento. Considerando-se que frequentemente em todas as esferas governamentais, administradores públicos e particulares cometem vários atos corruptivos, pois agem sem a devida consciência da indispensabilidade de bem administrar e defender o erário público, servidores usufruem dos poderes que lhe são confiados, desviando ou apropriando-se de recursos, conferindo favores e comprando bens e serviços sem o devido processo licitatório, verifica-se como um tema de suma importância para a sociedade, visto que a licitação é um instrumento que proporciona melhor aplicabilidade do dinheiro público pela Administração Pública em prol do atendimento aos interesses da coletividade e da grande mudança em moralizar as compras públicas, sendo obedecida a probidade administrativa, a lisura e a transparência no trato da coisa pública.

**Palavras-chave:** Administração Pública; corrupção; crimes da Lei 8.666/93; fraude nas Licitações; processo licitatório.

## **ABSTRACT**

This monographic work deals with the theme of "bidding fraud a critical analysis of the crimes of the 8.99/93 Law". It is intended, on the basis of the doctrine, legislation and jurisprudence, check because they occur so many frauds in public bidding, making a critical analysis with a focus on the criminal practice of the legal provisions listed in law No. 8,666/93. And, finally, to propose solutions to reduce the irregularities that has taken place in the public bidding. To do so, uses hypothetical-deductive methodology, which covers overall reading, fingerprinting and confrontation with the precepts of the Law authors, as well as some Justices of the judges and of courts of law to treat the question in comment. Considering that often in all spheres of Government, public and private administrators commit various acts corruptivos, because they act without proper awareness of the indispensability of well manage and defend the public purse, enjoy the powers entrusted by deflecting or taking ownership of resources, giving favors and buying goods and services without proper bidding process, as a topic of the utmost importance for society Since the bidding is an instrument that provides better applicability of public money by the public administration for service to the interests of the collectivity and the big change in moralize the buying public, being obeyed administrative probity, the smoothness and transparency in dealing with the public.

Keywords: Public Administration; corruption; 8,666/93 law crimes; fraud in Tenders; the bidding process.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO DE LICITAÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2.1</b>	<b>O conceito doutrinário e as finalidades do processo administrativo de licitação .....</b>	<b>11</b>
<b>2.2</b>	<b>Princípios, modalidades, procedimentos e tipos de licitação .....</b>	<b>13</b>
<b>2.3</b>	<b>Casos de exceções à regra de licitar .....</b>	<b>19</b>
<b>3</b>	<b>ASPECTOS GERAIS SOBRE A CORRUPÇÃO .....</b>	<b>22</b>
<b>3.1</b>	<b>Corrupção: O seu conceito doutrinário e a sua história no Brasil .....</b>	<b>22</b>
<b>3.2</b>	<b>A corrupção como fenômeno político e social .....</b>	<b>27</b>
<b>3.3</b>	<b>A corrupção como problema administrativo: da improbidade administrativa e os sujeitos à Lei 8.429/92 .....</b>	<b>30</b>
<b>4</b>	<b>CRIMES PREVISTOS NA LEI 8.666/93, AS PRINCIPAIS CAUSAS E MEDIDAS DE CONTROLE ÀS FRAUDES EM LICITAÇÃO .....</b>	<b>34</b>
<b>4.1</b>	<b>Crimes previstos na Lei 8.666/93 .....</b>	<b>34</b>
<b>4.2</b>	<b>As principais causas das fraudes em Licitação .....</b>	<b>42</b>
<b>4.3</b>	<b>Medidas de controle às fraudes em Licitação .....</b>	<b>46</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>51</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>55</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente projeto abrange um tema recorrente e polêmico, qual seja, fraude em licitações. O objetivo é verificar através do estudo da legislação e doutrina porque acontecem tantas fraudes nas licitações, fazendo uma análise crítica com enfoque penal da prática das disposições legais relacionadas na Lei nº 8.666/93. E, por fim, propor soluções para diminuir as irregularidades que vem ocorrendo nas licitações públicas.

Assim, tencionar-se-á explanar a importância da licitação, que é um instrumento que viabiliza a melhor aplicabilidade do dinheiro público, em prol do atendimento aos interesses da coletividade e da grande mudança em moralizar as compras públicas, sendo obedecida a probidade administrativa, a lisura e a transparência no trato da coisa pública.

Este procedimento busca amenizar as despesas e gastos públicos para que haja uma maior economia nos cofres públicos, a fim de que o dinheiro economizado em certa compra, por exemplo, possa ser transformado em outros benefícios em favor da população.

Contudo, o procedimento licitatório não vem sendo feito de maneira idônea, conforme o previsto na lei, bem pelo contrário cada vez mais vem ocorrendo irregularidades nos procedimentos licitatórios. Atos que importam vantagem ilícita, que causam prejuízo ao erário ou que atentem contra os princípios da administração pública. Constantemente, em todas as esferas governamentais, administradores públicos e particulares, agem sem a devida consciência da indispensabilidade de bem administrar e defender o erário público, servidores usufruem dos poderes que lhe são confiados, desviando ou apropriando-se de recursos, conferindo favores e comprando bens e serviços sem o devido processo licitatório, deixando com isso de proteger o interesse público de toda uma coletividade.

Assim, é oportuno saber por que ocorrem frequentemente fraudes e crimes nas licitações públicas? Existem meios eficazes de combater ou controlar este problema social?

Partindo destas bases, pretender-se-á, através de uma pesquisa bibliográfica orientada pela metodologia hipotética-dedutiva, compreender os motivos das fraudes e quais os mecanismos adequados para controlar esse fenômeno corruptivo.

Para isso, no primeiro capítulo serão estudados os aspectos gerais de uma licitação, ou seja, o conceito que a doutrina estabelece para licitação, quais são suas finalidades, os princípios aplicáveis ao certame licitatório, as modalidades, tipos e procedimentos existentes, tal como, os casos em que não há o dever de licitar.

No segundo capítulo, delinear-se-á os aspectos gerais da corrupção, ou seja, seu conceito doutrinário e a sua história no Brasil, a corrupção vista como um fenômeno político e social e como problema administrativo conforme a Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92.

Para finalizar o trabalho de monografia, no último capítulo proceder-se-á análise de cada crime previsto na Lei de Licitações, das principais causas da ocorrência das fraudes e medidas de controle, bem como buscar-se-á maneiras de conter a ocorrência de certames fraudulentos que tanto prejudicam o erário e, conseqüentemente a sociedade.

## 2 ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO DE LICITAÇÃO

### 2.1 O conceito doutrinário e as finalidades do processo administrativo de licitação

Em decorrência da crescente demanda de bens, obras, serviços em todo o País, sendo que o Estado tem a responsabilidade de garantir desenvolvimento econômico e social, tornou-se imprescindível adoção de procedimentos e mecanismos de controle, que garantam a aplicação eficiente e transparente dos recursos disponíveis, e uma das formas utilizada pela Administração Pública, para que isso ocorra, é a adoção do procedimento administrativo de licitação.

Por isso, diferentemente dos particulares, que possuem ampla liberdade quando pretendem comprar, vender, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o poder público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido de acordo com a lei (MELLO, 2012).

Sobre o conceito de Licitação, Justen Filho, (2014, p. 495) leciona:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

De modo complementar, vale citar a definição de Mello (2012, p. 532):

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados e com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõe assumir.

Inclusive a própria Constituição Federal de 1988, impõe expressamente aos órgãos e entidades obrigadas a licitar, a utilização do procedimento administrativo de licitação, através do artigo 37, XXI, cujos termos são os seguintes:

Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os

concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988, p. [23]).

Este dispositivo da Constituição possui comandos que introduzem importantes balizamentos a quaisquer normas infraconstitucionais que tratem de licitação e contratos administrativos (MELLO, 2012).

Feita esta indispensável conceituação, ressalta-se que a Lei 8.666/93, conforme estabelece seu artigo 1º e parágrafo único, pretende ser impositiva não só para quaisquer Poderes da União, mas também para os dos Estados, Distrito Federal e Municípios, possuindo assim caráter de “norma geral”. Desta forma, seu âmbito de aplicação abarca tanto a Administração direta quanto as autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (MARINELA, 2013).

Então, a Licitação nessa linha de conceituação é uma política administrativa, que constitui um dos principais instrumentos de aplicação do dinheiro público, uma vez que ela proporciona à Administração a escolha, do contratante com a proposta mais vantajosa, e prima pela igualdade dos candidatos que desejam participar do certame.

Concernente às finalidades do procedimento administrativo de Licitação, percebe-se que a procura pela proposta mais vantajosa, assim como realizar negócios justos e vantajosos é algo que todas as pessoas buscam, portanto, com a Administração Pública não deve ser diferente, já que ela trabalha com recursos provenientes de toda a população.

Para Mello (2012, p. 534), a Licitação tem três objetivos, vejamos:

A licitação, nos termos do que hoje estabelece a legislação, visa a alcançar um triplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendem realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Como visto, ela visa proporcionar, em primeiro lugar, às pessoas e ela submetidas a obtenção da proposta mais vantajosa (a que melhor atende,

especialmente em termos financeiros aos interesses da entidade licitante), ou seja, essa primeira finalidade busca amenizar as despesas e gastos públicos para que haja uma maior economia nos cofres públicos, a fim de que o dinheiro economizado em certa compra, por exemplo, possa ser transformado em outros benefícios em prol da população. Outra finalidade da Licitação é oferecer igual oportunidade aos que desejam contratar com a Administração Pública.

E a última e mais recente finalidade é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, a qual a Lei intenciona que as compras públicas privilegiem os produtos manufaturados e os serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras, pretendendo, assim, incentivar o fortalecimento da indústria nacional e o fomento ao setor de serviços.

## **2.2 Princípios, modalidades, procedimentos e tipos de licitação**

Como todo sistema jurídico, o instituto das Licitações também tem seus princípios norteadores. A Lei 8.666/93, no artigo 3º, dispõe que as Licitações serão processadas e julgadas na conformidade dos seguintes princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (BRASIL, 1993).

Alguns desses princípios como o da legalidade, moralidade, publicidade, já estavam previstos no artigo 37 da Constituição Federal, motivo pelo qual deverão estar sempre presentes em qualquer atividade administrativa, não se limitando apenas à Licitação. Ademais, é válido mencionar ainda que a Lei de Licitações não trás um rol taxativo dos princípios que deverão ser observados no certame licitatório, isto pode ser constatado por meio de uma leitura cuidadosa do artigo 3º, *caput*, pois a expressão que aparece no final do *caput* deixa claro que existem outros princípios que, mesmo não estando presente de forma expressa na Lei, devem ser respeitados (MELLO, 2012).

Cabe, neste momento, por ser inteiramente pertinente, de forma sucinta e objetiva, analisarmos os principais princípios que norteiam o Procedimento Administrativo de uma Licitação Pública, iniciando pelo Princípio da legalidade que encontra explicitação no artigo 4º da Lei 8.666/93, segundo o qual:

Art.4º. todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º tem direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos (BRASIL, 1993, p. [4]).

Na realidade, podem alegar tal direito não somente “todos quantos queiram dela participar” mas também a quem seja indevidamente negado acesso, por violação dos princípios e normas que devem presidi-la (JUSTEN FILHO, 2014).

Na sequência, verifica-se o Princípio da impessoalidade, que trata da proibição de favoritismos ou discriminações impertinentes, frisando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com total imparcialidade. Este princípio é uma forma de efetivar o princípio da igualdade de todos perante a Administração, sem qualquer tipo de distinção entre os licitantes (JUSTEN FILHO, 2014).

Posteriormente destaca-se o Princípio da moralidade, que significa que o próprio processo licitatório é um importante instrumento para obtenção de um estado de honestidade, induzido pela moralidade e pela probidade administrativa. Assim, se for constatada qualquer providência abstrata ou concreta imoral ou improba, ela devera ser invalidada. (MAFFINE, 2010).

Ademais, também podemos citar o Princípio da igualdade, reza pela obrigatoriedade de tratar isonomicamente todos os que participarem do certame, bem como, o dever de dar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, possuam os requisitos e condições para tanto (JUSTEN FILHO, 2014).

Este princípio pode ser claramente visualizado na disposição do § 1º, inciso I, do artigo 3º da Lei 8.666/93:

Art.3º, § 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991 (BRASIL, 1993, p. [1]).

Além disso, tem-se o Princípio da publicidade, que trata-se inclusive de uma das principais finalidades do processo licitatório, voltado, inquestionavelmente, a transparência administrativa. Segundo este princípio os atos e termos da licitação devem ser efetivamente expostos ao conhecimento de quaisquer interessados (MAFFINE, 2010).

Prosseguindo verificamos um princípio específico para a Administração Pública, trata-se do Princípio da probidade administrativa, tal princípio ressalta que o certame haverá de ser por ela (probidade administrativa) conduzido em estrita obediência a pautas de moralidade, no que engloba, não só a adoção de atos defensivos aos interesses da Administração Pública, mas também as exigências de lealdade e boa fé no trato com os licitantes (JUSTEN FILHO, 2014).

Dando seguimento, averigua-se o Princípio da vinculação ao instrumento convocatório (edital ou carta convite) que obriga a Administração a respeitar e seguir estritamente as regras que haja previamente estabelecido em tal instrumento (MAZZA, 2013).

Outrossim, o artigo 41 da Lei 8.666/93, disciplina Princípio da vinculação ao instrumento convocatório, vejamos: “Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada” (BRASIL, 1993, p. [29]).

Por fim, constata-se o Princípio do julgamento objetivo, que objetiva impedir que a licitação seja decidida com influência do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou intenções particulares dos membros da comissão de licitação julgadora (MARINELA, 2013).

Esta preocupação está enfatizada no artigo 45 da lei 8.666/93, ao dispor:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle (BRASIL, 1993, p. [31]).

Como visto, a Lei de Licitações elencou diversos princípios administrativos aplicáveis à Licitação, tais princípios devem ser aplicados a todos que lidem com dinheiro público, sob pena, de responsabilização, no caso de não observância. Estes princípios previstos tanto na Constituição Federal Brasileira, quanto na Lei de

Licitações, tem relevante importância para concretização das finalidades do procedimento licitatório.

No tocante às modalidades, a Licitação é composta por vários procedimentos, ou seja, uma sequência ordenada e concatenada de atos e procedimentos (procedimentos que serão analisados na sequência). Todavia, não existe um único procedimento. Dependendo do objetivo que se pretende alcançar, a estrutura do procedimento pode sofrer alterações, aliás, as inúmeras formalidades a serem atendidas no procedimento estão diretamente ligadas à necessidade de se adequar a disputa de maneira em que se possa obter o melhor resultado possível. Estes diferentes procedimentos utilizados nas licitações, são as denominadas modalidades (BARTINE, 2014).

Resumidamente é válido discorrer sobre cada uma das modalidades, começando pela modalidade Concorrência, que serve para obras, serviços e compras de qualquer valor, bem como para alienação de bens imóveis, concessão de direito real de uso, licitações internacionais e toda e qualquer concessão de serviços públicos, sejam comuns ou por meio das parcerias público - privadas (BARTINE, 2014).

Já a Tomada de Preços é a modalidade utilizada, via de regra, para contratos de médio vulto em que os interessados que preencherem as condições previstas no edital podem realizar seu cadastro prévio até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas de preços (MAFFINE, 2010).

Diferentemente do Convite que é usado para contratos de pequeno vulto em que os interessados, podendo ser cadastrados ou não poderão oferecer suas propostas, desde que estejam em conformidade com o objeto especificado no instrumento convocatório. Nesta última modalidade o instrumento convocatório é a carta-convite, procedimento mais simples, comparado com as demais modalidades, onde não se tem a necessidade de uma ampla publicidade (BARTINE, 2014).

Além disso, podemos mencionar o Concurso que serve para a escolha de trabalhos técnicos, científicos ou artísticos, por meio instituição de remuneração ou instituição de prêmios, em consonância com os requisitos impostos no edital, devendo o mesmo ser publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de quarenta e cinco dias (MAFFINE, 2010).

Também podemos citar a modalidade Leilão, o mesmo é aplicado para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração Pública, bens legalmente

apreendidos ou penhorados, bens imóveis advindos de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento (MAFFINE, 2010).

Além das modalidades acima referidas podemos analisar ainda o Pregão, modalidade de licitação instituída pela Lei 10.520/2002 para aquisição de bens e serviços comuns, em que o valor contratado é indiferente. Dentro da modalidade pregão existe o chamado Pregão Eletrônico, que se realiza mediante uma disputa nos mesmos moldes do pregão presencial, porém à distância, através de um sistema de comunicação eletrônica de dados via website (BARTINE, 2014).

Finalmente, a última modalidade é a Consulta, tal modalidade de licitação é prevista apenas para as agências reguladoras, sendo inicialmente tratado pela Lei 9.472/1997 (Anatel), essa modalidade é adequada para a contratação de bens e serviços que não sejam classificados como comuns e que não sejam obras ou serviços de engenharia civil. As propostas deverão ser julgadas por um júri, levando-se em consideração o custo e o benefício, de forma ponderada (BARTINE, 2014).

Pertinente aos procedimentos licitatórios, os mesmos envolvem a prática de uma sucessão metódica de atos jurídicos (procedimentos), que nada mais são do que fases que a licitação precisa percorrer até a finalização do procedimento administrativo.

Cada modalidade licitatória tem um procedimento específico, apesar de a sequência de fases ser muito parecida com as fases da concorrência. Desse modo, conhecendo as fases da concorrência, compreende-se também, de forma geral, o procedimento das demais modalidades (MAZZA, 2011). A concorrência começa com o Instrumento convocatório, que é a fase onde se publica o edital. Segundo Mazza (2011, p.335) “no edital estão fixadas todas as regras do procedimento e os requisitos exigidos para a participação no certame. A sua natureza vinculante e obrigatória faz do edital a lei da licitação”.

Depois, passa-se para a Habilitação que é a fase onde são recebidos e abertos os envelopes contendo toda a documentação necessária e exigida para a participação na licitação. A habilitação dos licitantes é o momento em que se analisam as condições mínimas para participação do certame, como as exigências de qualificação técnica, econômica e jurídica (MAFFINE, 2010).

Na sequência, passa-se para a Classificação que é a fase onde ocorre a análise e julgamento das propostas apresentadas pelos licitantes. De acordo com o doutrinador Mazza (2011, p.339):

Nessa etapa procedimental, os envelopes são abertos e a comissão promove a verificação de cada proposta com os requisitos do edital e com os preços correntes no mercado, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis.

Posteriormente, alcança-se a fase da Homologação onde ocorre a avaliação de todo o procedimento licitatório. Nessa fase existe a possibilidade da anulação da licitação, ou anular os atos que ocasionaram vícios ou defeitos no procedimento, sendo mantidos os que não forem prejudicados, para que se possa continuar o processo (MAFFINE, 2010).

Sobre a anulação e a revogação preceitua o artigo 49 da Lei 8.666/93:

Art.49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrentes de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado (BRASIL,1993, p. [31]).

Portanto, a fase de homologação é de suma importância, visto que é nela que se corrigiram os defeitos no procedimento, ou em casos de interesse público, revogar a licitação. Não ocorrendo nenhum motivo dê ensejo à revogação, a licitação será homologada, ou seja, será aprovada.

Por fim, a Adjudicação que é a última fase da concorrência, e segundo as lições de Maffine (2010, p.151):

É o momento em que a Administração Pública proclama o vencedor da Licitação, fazendo-lhe a entrega simbólica do objeto licitado. Deve-se seguir rigorosamente, para tanto, a ordem de classificação, sob pena de invalidade do certame. A partir desse momento, nasce em favor do adjudicatário a expectativa de contratar (não o direito adquirido), protegida no caso de frustração, pelo direito de ser indenizado pelos prejuízos sofridos.

Com relação aos Tipos de Licitação o Artigo 45 da Lei 8.666/93 lista quatro tipos de licitação. Esses tipos nada mais são do que os critérios para julgamento das propostas.

Iniciando pelo critério de Menor preço, segundo Alexandre: “Quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço” (MAZZA, 2011, p. 318).

Portanto, a licitação que tem em vista o menor preço, é aquela na qual o licitante vencedor será aquele que respeitados os requisitos do instrumento convocatório ou do convite, ofertará a melhor proposta, com o menor preço, para a Administração.

O critério da Melhor técnica leva em consideração a habilidade intelectual do licitante. Segundo Alexandre Mazza (2011, p.319):

Tipo de licitação utilizado exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual. O procedimento adotado para determinação da melhor proposta são os seguintes (art. 46, §1º da Lei 8.666/93): 1) serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação dessas propostas de acordo com critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado; 2) uma vez classificadas as propostas técnicas, passa-se à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório, iniciando a negociação, com a proponente melhor classificada, das condições estabelecidas, tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima.

Então, a licitação que visa a melhor técnica leva em conta a qualificação do licitante, visto que para que ele seja habilitado é necessário que passe por avaliação e classificação conforme o preceituado no edital.

Já a licitação que tem em vista Técnica e Preço, é aquela na qual o licitante vencedor será aquele que respeitados os requisitos do edital, ofertará a melhor proposta, de acordo a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, para a Administração. Este critério é utilizado exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual (MAFFINI, 2010).

E por fim, ainda tem o critério do Maior Lance ou Oferta, esse critério é utilizado exclusivamente para a modalidade de licitação que se intitula leilão. Essa modalidade licitatória, o leilão, é utilizada para a venda de imóveis inservíveis, móveis de valor módico, móveis oriundos de procedimentos judiciais ou dação em pagamento (MAZZA, 2011).

### **2.3 Casos de exceções à regra de licitar**

São três casos em que a Lei permite deixar de licitar, o primeiro caso é quando a licitação é dispensada, a lei (no artigo 17 da Lei 8.666/93) determina a inoportunidade do certame licitatório, mesmo que este seja viável. Isto significa que

não há discricionariedade por parte da Administração Pública na realização ou não do certame: a lei determina que o certame não deverá ocorrer. Como regra geral, a dispensa da licitação ocorrerá em se tratando de alienação de bens imóveis e móveis pela Administração Pública (BARTINE, 2014).

A segunda situação é quando a licitação é dispensável, nestes casos, diferentemente do caso anterior, a lei autoriza que a administração Pública, utilizando de seu critério discricionário verifique se há viabilidade jurídica ou não da realização do procedimento licitatório. Assim, poderá a Administração Pública realizar ou não o certame, desde que motive o porquê estaria dispensando a licitação. Não se pode esquecer, contudo, que a regra geral é a realização da licitação, ou seja, se o administrador público verificar que existe a possibilidade de realização do certame, este deverá ocorrer. Somente quando se torne inviável por algum motivo plenamente justificável é que se deve dispensar a licitação e contratar com o particular de forma direta (BARTINE, 2014).

Por fim, a última hipótese de não licitar é quando a licitação se torna inexigível, o que significa que não há possibilidade jurídica de competição. A Lei de Licitações, de forma exemplificativa arrola três hipóteses em que a licitação se torna inexigível (artigo 25 da lei de licitações):

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (BRASIL, 1993, p. [23]).

Importante salientar que as hipóteses de inexigibilidade de licitação devem ser sempre motivadas, indicando-se as causas que levaram a Administração Pública a concluir pela impossibilidade jurídica de competição (BARTINE, 2014).

Como visto, são estas as hipóteses em que se pode deixar de licitar, fora desse contexto deixar de realizar a licitação acarretará no crime previsto no artigo 89

da Lei, que incrimina a dispensa ou a inexigibilidade ilegal da licitação, assim como o descumprimento das formalidades essenciais para dispensá-la ou declará-la inexigível. Inclusive, este crime se destaca frente aos demais, visto que é o mais rotineiro de ocorrer nas práticas licitatórias.

Diante do abordado, infere-se que a Licitação é um processo complexo, composto por inúmeros procedimentos previstos na lei, que tratam-se de formalidades necessárias para que se atinja o objetivo de buscar no mercado a proposta licitatória mais favorável para a administração Pública e, ao mesmo tempo propiciar aos participantes da licitação tratamento isonômico, garantido deste modo, uma aplicação eficiente e transparente dos recursos públicos disponíveis.

### 3 ASPECTOS GERAIS SOBRE A CORRUPÇÃO

#### 3.1 Corrupção: O seu conceito doutrinário e a sua história no Brasil

Todos os dias no Brasil são publicados na mídia notícias de novos atos de corrupção. Diariamente os jornais ou revistas, o rádio ou a televisão, as tribunas parlamentares ou a própria palavra dos governantes apontam casos de corrupção, que se verberam e condenam. De fato, à medida que o tempo passa, essas denúncias se multiplicam, como a sugerir a difusão dessa forma de gangrena social.

Para conhecermos e entendermos melhor esse fenômeno é necessário de antemão descobrirmos o conceito de corrupção, bem como de que forma ela surgiu no Brasil, ou seja, qual a sua história e origem.

No tocante ao termo (corrupção) não é certamente unívoco. Ao contrário, muitos são os sentidos em que ele pode ser, e é empregado pelos melhores autores. Certo, porém, que tem, sempre, uma conotação pejorativa. Ademais, ele tanto serve para designar uma ação como um estado, evidentemente inter-relacionados. Portanto, enseja ora um enfoque dinâmico, ora um outro estático (FERREIRA FILHO, 1991).

Starling (2008, p.259), citada por Leal (2013, p.34) em instigante texto, lembra que:

na sua origem grega, a palavra corrupção aponta para dois movimentos: algo que se quebra em um vínculo; algo se degrada no momento dessa ruptura. As consequências são consideráveis. De um lado, quebra-se o princípio da confiança, o elo que permite ao cidadão associar-se para interferir na vida de seu país. De outro, degrada-se o sentido do público. Por conta disso, nas ditaduras, a corrupção tem funcionalidade: serve para garantir a dissipação da vida pública. Nas democracias – e diante da República – seu efeito é outro: serve para dissolver os princípios políticos que sustentam as condições para o exercício da virtude do cidadão.

Vale mencionar que, etimologicamente, o termo vem do latim *corruptio*, cujo sentido próprio é "deterioração, alteração", e o sentido figurado é "depravação", isto é, "corrupção". O verbo correspondente é *corrumpere*, que, no sentido próprio, quer dizer "reventar", ou "fazer arrebentar", como reventam as frutas podres; no sentido figurado, significa "estragar, adulterar, deteriorar, corromper". Já em latim o seu sentido é metafórico. Exprime uma analogia, a analogia da podridão física das frutas - que as destrói e traz a destruição para as que a elas tocam - com a "podridão"

moral do homem - que o destrói e o torna destrutivo para a comunidade (FERREIRA FILHO, 1991).

Outrossim, interessante referir que Leal (2013, p.15-16) relata sobre a visão norte-americana do significado de corrupção através de exemplos de casos concretos e, enfatiza os efeitos que causa sociedade em geral, vejamos:

A perspectiva norte-americana do conceito de corrupção destaca o impacto que comportamentos corruptivos (sejam quais forem, e cada vez mais estende a caracterização destes) provocam nas instituições e nas relações sociais, eis que dá como exemplo: a situação dos médicos que cerram fileiras em não denunciar ou sequer testemunharem contra colegas seus que foram negligentes no tratamento da vida humana; quando a polícia fabrica provas para serem usadas em processos; quando determinados patrocinadores de atletas em competições importantes os estimulam e mesmo obrigam a consumir produtos fármacos proibidos para obterem melhores resultados; o próprio tema do nepotismo, que não precisa ter contraprestação econômica (suborno) para se caracterizar; isto porque, em todos esses exemplos, o que se distingue é a quebra de confiança no sistema na medida em que procedimentos institucionais são solapados, a despeito de em tais situações não haver a configuração explícita ou ao menos tradicional do suborno propriamente dito.

De modo complementar ainda pode-se citar outros exemplos, que não são casos de corrupção que necessariamente envolve uma contraprestação econômica, Leal (2013, p.17) cita Kaercher (2004, p.24):

A outros exemplos no campo da não restrição motivacional (econômica de atos corruptivos) – ao menos não diretamente –, tais como situações de plágio acadêmico, no qual o plagiador não precisa estar motivado necessariamente por um ganho de ordem econômica, mas a um benefício de desempenho curricular ou formativo (por mais ficcional que o seja), como a conclusão de um curso ou especialização, para então se colocar melhor no mercado; a situação do agente público que fabrica ou planta provas incriminatórias em ilícitos penais de alta reprovação social (pois há alguns que não o são mais, como o jogo do bicho, por exemplo), como o estupro ou pedofilia, não desejando com isto qualquer vantagem econômica ou benefício pessoal, mas animado por senso de justiça pessoal/social de que um esturador e pedófilo não seja punido.

Como visto, existe uma interpretação apenas simbólica do que significa a corrupção no que se refere a valores éticos sociais, que não depende de contraprestação financeira, uma vez que envolve as bases normativo-principiológicas fundamentais de uma sociedade e suas relações interpessoais, bem como a confiança e a credibilidade depositada nas instituições públicas e privadas. Por isso, entende-se que não importa o valor econômico do prejuízo causado por

meio da corrupção, mas sim o próprio ato ocasiona violação de direito isoladamente (LEAL, 2013).

Corroborando tal entendimento, de que há um grande obstáculo em conceituar o que é corrupção, Silva (2008, p. 574) explana:

A luta contra a corrupção é complicada por inúmeros fatores; porém, a dificuldade básica é definir o que seja a corrupção, independentemente se sua definição legal, que varia enormemente de uma sociedade para a outra. O termo tem sido empregado para se referir a um amplo espectro de ações. Pode ser usado para designar ações ilegais ou antiéticas perpetradas por pessoas em posição de autoridade ou de confiança no serviço público, ou por cidadãos e empresas em sua relação com os agentes públicos. Consequentemente, parece claro que a luta contra esse mal não pode ser confinada ao setor público e restringir-se a medidas punitivas, penais e administrativas, dirigidas a agentes individuais, pois não há dúvida de que a corrupção interna quase sempre depende da relação entre os agentes públicos e os cidadãos.

Para Ferreira Filho, no que tange ao homem, corrupção denota uma aberração em relação, ao padrão moral consagrado pela comunidade. Não apenas um desvio, mas um desvio pronunciado, insuportável. Neste sentido amplíssimo, o termo é usado no pensamento político, para denunciar uma mudança (negativa) no tipo de homem, ou na comunidade, sempre em função de um dado padrão moral. Já em sentido estrito, o termo se refere à conduta de autoridade que exerce o poder de modo indevido, em benefício de interesse privado, em troca de uma retribuição de ordem material (FERREIRA FILHO, 1991).

Entretanto, podemos dizer que não há, segundo o pensamento político ocidental, um único consenso a respeito da sua definição, ou seja, não se pode olvidar em falar de uma teoria política própria da corrupção, mas sim de diferentes vertentes deste problema, de acordo com seus fins normativos delimitados em conceitos e categorias (FILGUEIRAS, 2012).

Sendo assim, o estudo da corrupção é extremamente complexo, sendo possível analisá-la em diferentes perspectivas, ela pode ser vista como uma questão filosófica, econômica, político-cultural, ou então como infração da norma penal e nada mais. Assim, entende Silva (2008, p.575-576) como expõe:

Antes de partir para o enfrentamento da corrupção, é mister que se esteja cômico de sua complexidade e das diferentes perspectivas a partir das quais se pode abordá-la. É possível que estejamos falando de corrupção como uma questão filosófica, especulando sobre valores morais e éticos. Ou vendo-a de uma perspectiva econômica, como um subproduto do

capitalismo, um instrumento usado em transações comerciais em sociedades complexas. Ou como questão político-cultural, indagando, por exemplo, por que em determinados países a “grande corrupção” é punida com penas duras, incluindo a pena de morte, e em outros com penas brandas, quando chega a ser punida. Ou como uma infração da norma penal, descartadas as considerações filosóficas, econômicas e político-culturais.

Toda essa discussão cabe especialmente no plano jurídico, e, particularmente, no do direito penal, pois aí a definição do crime de corrupção tem de ser estritíssimo, a fim de que se preserve a segurança e, conseqüentemente, a liberdade individual (FERREIRA FILHO, 1991).

À vista de tudo isso, averigua-se que o conceito de corrupção é relativo, pois ele varia de uma comunidade para outra, é neste sentido que se afirma que não há uma única definição acerca da corrupção.

No que se refere à história da Corrupção no Brasil, pode-se dizer que a corrupção tem raízes na própria colonização. Nota-se que a análise e interpretação do fenômeno da corrupção na época da colonização requerem, para melhor entendimento, o enquadramento de normas e regras que marcavam a cultura política, as práticas administrativas e a dinâmica da colonização mercantilista na chamada “América portuguesa” (FIGUEREDO, 2012).

Então, já neste período a cultura política imposta pela monarquia absolutista era totalmente voltada a satisfazer aos interesses da classe que ocupava o poder, deixando à mercê as necessidades coletivas. Garcia (2013, p.45-46), elucida:

O sistema colonial português foi erguido sobre os pilares de uma monarquia absolutista, fazendo que o Monarca e administradores se mantivessem unidos por elos eminentemente pessoais e paternalistas, o que gerou a semente indesejada da ineficiência. Não bastasse isso, tinham por objetivo comum o lucro desenfreado e, como única ação, o desfacelamento das riquezas da colônia a si subjugada, sem qualquer comprometimento com ideais éticos, deveres funcionais ou interesses coletivos. Remonta a essa época a concepção de que a coisa pública é coisa de ninguém, e sua única utilidade é satisfazer aos interesses da classe que ascendeu ao poder.

Na concepção de Carvalho (2012, p.200) a corrupção política é um fenômeno histórico:

Corrupção política, como tudo mais, é fenômeno histórico. Como tal, ela é antiga e mutante. Os republicanos da propaganda acusavam o sistema imperial de corrupto e despótico. Os revolucionários de 1930 acusavam a Primeira República e seus políticos de carcomidos. Getúlio Vargas foi derrubado em 1954 sob a acusação de ter criado um mar de lama no

Catete. O golpe de 1964 foi dado em nome da luta contra a subversão e a corrupção. A ditadura militar chegou ao fim sob acusações de corrupção, despotismo, desrespeito pela coisa pública. Após a redemocratização, Fernando Collor foi eleito em 1989 com a promessa de caça aos marajás e foi expulso do poder por fazer o que condenou. De 2005 para cá, as denúncias de escândalos surgem com regularidade quase monótona.

Desse jeito, constatam Petrelluzzi e Rizek Junior (2014) que a corrupção é um fenômeno que se faz presente em toda a história da humanidade. Desde os tempos remotos há a notícia da prática de uso indevido do poder para a obtenção de vantagens pessoais.

Desta forma, percebe-se que a corrupção sempre esteve presente na política e na cultura brasileira, desde a época da colonização, até os tempos atuais, a diferença é que antes não se divulgava por temor a opressão, e hoje na era da informação isso não ocorre mais, pelo menos na maioria das vezes.

Assim ensina Garcia (2013, p.51) ao citar:

Essa observação se faz necessária na medida em que a maior participação popular, inclusive com um sensível aumento do acesso aos meios de comunicação, pode conduzir à equivocada conclusão de que, não obstante os ventos democráticos que atualmente arejam o país, a corrupção tem aumentado. A corrupção, em verdade, sempre existiu. Em regimes autoritários, no entanto, poucos se atreviam a retirar o véu que a encobria, mostrando-lhe a face. Os motivos, aliás, são de todos conhecidos. Assim, é preciso não confundir inexistência de corrupção com desconhecimento de corrupção. Em ambientes democráticos tem-se “um processo de desocultação da corrupção”.

Para Leal (2013, p.84-85), a corrupção tornou-se um tipo de costume político, conforme leciona:

Em outras palavras, como a corrupção está no plano dos costumes – mas dos costumes como princípio político -, ela diz respeito a mais do que apenas ao Estado: ela se refere à sociedade, e ao modo como esta articula seu Estado. Indo além, ela atinge até a percepção que se tem de espaço público enquanto mera eficiência de gestão governamental, afigurando-se como questão político-moral da coisa pública.

Isto posto, verifica-se através de fatos históricos que a corrupção ocorre há bastante tempo e tende a continuar ocorrendo, pois está estritamente ligada a fatores patológicos de desonestidade, bem como a incapacidade funcional do Estado.

De tal maneira entende Osório (2013, p. 28):

De um lado, tal realidade desafia novas e criativas políticas públicas, porque se percebem a magnitude e a veloz expansão de atores e processos corruptos e corruptores, de modo multifacetário. De outro, a mesma realidade, no evidenciar uma concentração de esforços em torno a uma patologia específica, indica a indevida limitação do olhar sobre uma complexa situação, multifacetária e sofisticada, que certamente não se encaixa numa terminologia unitária e ideológica, cultural e normativa. É dizer, aqui, a limitação do olhar pode ser fruto de uma percepção recortada e míope do fenômeno, não apenas porque a corrupção se enraíza em fatores multicausais ligados a fenômenos diversos, embora próximos, mas também porque os fenômenos patológicos que se conectam à desonestidade e à ineficiência funcionais merecem exame global, atentando-se aos laços que os unem, dentro de categorias funcionais mais abrangentes.

Por isto, pode-se inferir que a “aceitação” dos brasileiros dos atos corruptos é um fato de longa data, e que precisa ser novamente avaliado e alterado por meio de políticas públicas eficazes, para que o cidadão seja informado dos meios que detém para exercer seus direitos e deveres.

### **3.2 A corrupção como fenômeno político e social**

A corrupção é vista pela doutrina majoritária como um Fenômeno Político e Social. Garcia defende que a corrupção, na verdade, é um fenômeno social que surge e se desenvolve em proporção análoga ao aumento do meio onde ela ocorre e de acordo com os interesses daqueles que vivem naquele determinado ambiente. Diante desta visão, os desvios comportamentais que desrespeitam a legislação e princípios que regulam a Administração Pública, ou os valores morais e sociais de determinado setor em troca de uma vantagem ilícita, manifestar-se-ão como formas de degradação dos padrões ético jurídicos que devem reger o comportamento individual nas esferas públicas e privadas (GARCIA, 2013).

Assim, questiona Ferreira Filho por que o homem trai os valores fundamentais da comunidade a que pertence e particularmente a honestidade? Fato é que sempre houve quem corrompesse e quem se corrompesse em todas as sociedades conhecidas. Para isto, fatores pessoais e circunstâncias que é impossível resumir, sempre contribuem. Entretanto, há fatores gerais que a isso estimulam, como há outros que a tanto desencorajam, os quais se identificam com um pouco de bom senso e alguma experiência de vida (FERREIRA FILHO, 1991).

Entre os fatores que desestimulam a corrupção, cumpre citar, em primeiro lugar, a crença religiosa. Na verdade, a repulsa à corrupção se alicerça, no

Ocidente, nos ensinamentos do Velho e do Novo Testamento. Ora, é óbvio que o apego a tais ensinamentos religiosos, cria um obstáculo ao seu alastramento. Entretanto, essa condenação à corrupção não é monopólio do cristianismo, nem da religião. Ela faz parte da "moralidade leiga" que em lugar desta se arraigou pelo mundo afora (FERREIRA FILHO, 1991).

Desta moralidade deve-se aproximar o sentimento cívico, o qual, pondo acima dos interesses egoísticos o interesse geral, tende a acalmar a cobiça. Igualmente, não se pode descuidar do fato de que a maior parte dos atos de corrupção configuram delitos puníveis nos termos do direito penal. Conseqüentemente, a inexorabilidade da sanção contribui, em muito, para desencorajar a corrupção. (FERREIRA FILHO, 1991).

No tocante a fatores que estimulam a corrupção um deles é a ideia, resultante de um individualismo utilitarista, segundo a qual é sempre lícito procurar e obter vantagens para si, independentemente dos meios. Outro é uma versão vulgar do materialismo que pretende que o interesse material é a mola da vida e do homem, não passando de hipocrisia e de aparência o idealismo, o civismo, a moralidade etc. Ademais, não se deve menosprezar, nas sociedades modernas, o efeito "maria-vai-com-as-outras". É, todavia, a reprovação social a principal sanção contra a corrupção. De fato, difícil é a prova da corrupção, conseqüentemente a sua punição criminal. (FERREIRA FILHO, 1991).

Em vista disso, percebe-se que a população brasileira tem o seu próprio "jeitinho brasileiro" que por sua vez não é considerado muito moral, pois a depender das situações, as práticas que normalmente seriam tidas como erradas passam a ser vistas como certas ou pelo menos, como aceitas socialmente. Tal aceitação social da corrupção colabora e muito para a expansão desse fenômeno social corruptivo (GARCIA, 2013).

Nesse mesmo sentido entende Ferreira Filho que o fator que no Brasil, mais favorece a corrupção seja a tolerância da sociedade para com ela. Evidentemente, não falta no país uma minoria de sensibilidade suficiente para indignar-se contra a corrupção e lutar contra ela. A esta se devem os passos já dados para expurgá-la. (FERREIRA FILHO, 1991).

No entanto, globalmente falando, a comunidade brasileira é tolerante para com a corrupção. Pode até não aprovar, contudo contra ela não é tomada nenhuma atitude. Daí ser relativamente fraca a reprovação social, que, como já se apontou, é

a mais forte sanção da corrupção. A prova disto é fácil. Ela está no fato de que homens públicos, cuja corrupção seja flagrante, se elegem e reelegem para altos postos. Isto se traduz nas campanhas no estilo "rouba, mas faz" (FERREIRA FILHO, 1991).

Assim Costa (2013, p.18) entende:

São crescentes os casos de corrupção submetidos à justiça penal, com ampla cobertura pela imprensa. Todavia, não têm gerado na população nada além de uma pretensa escandalização vazia, supérflua e fugaz, que não gera mobilização ou mudança de comportamento. O brasileiro diz indignar-se com a corrupção, mas na eleição seguinte, ao votar, não considera o passado corrupto de candidatos como dado importante na tomada de sua decisão.

Ademais, importante destacar que existem no Brasil diferentes variedades de corrupção, a saber: A corrupção administrativa está presente, principalmente, no falseamento das licitações (tema do presente trabalho) para compras e obras públicas. É aí que está a principal fonte das "caixinhas" que sustentam o luxo de algumas autoridades do qual o enriquecimento abisma pela sua rapidez, e também as patrocinadas campanhas eleitorais. Ela está presente também na fiscalização administrativa de todos os níveis, cujo nível de burocratização cria favoráveis condições para seu desenvolvimento. A corrupção eleitoral consome grande parte dessas caixinhas como igualmente vultosas contribuições extorquidas de empresários. E a corrupção parlamentar ocorre também, não só porque às vezes são membros do Congresso intermediários na corrupção administrativa e favorecidos participantes da corrupção política, como também são objeto de um trabalho sistemático e irreprimido de *lobbying*<sup>1</sup> (FERREIRA FILHO, 1991).

Sendo assim, constata-se que é da natureza humana procurar influenciar decisões que nos afetam, o homem busca interferir em favor do que lhe interessa.

Além do mais, a corrupção é inerente à cultura e a política do Brasil, sendo considerado um fenômeno político social, causador de um grande desafio - modificar essa realidade -, pois tornou-se uma prática comum e aceitável pela população na política, equiparando-se a um costume social.

---

<sup>1</sup> Toda atividade organizada, exercida dentro da lei e da ética, por um grupo de interesses definidos e legítimos, com o objetivo de ser ouvido pelo poder público para informá-lo e dele obter determinadas medidas, decisões, atitudes.

### **3.3 A corrupção como problema administrativo: da improbidade administrativa e os sujeitos à Lei 8.429/92**

Hodiernamente, encontramos diferentes dispositivos legais sobre a corrupção. No âmbito penal, civil e também na seara administrativa são diversos os diplomas legais que foram editados, com o objetivo de sancionar as condutas consideradas desviantes, que prejudicam o patrimônio público (PETRELUZZI, 2014).

Assim, vale a pena examinar as medidas jurídicas de prevenção ou repressão da corrupção que prevê a Constituição de 1988. Nela, encontram-se numerosas regras destinadas a prevenir a corrupção. Para preveni-la, no plano político, em geral pode-se citar: A possibilidade de estabelecer inelegibilidades, "a fim de proteger a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de cargo" (art. 14, § § 9º) (BRASIL, 1988, p. [17]); A proibição aos partidos de receberem recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiro (art. 17, II); A obrigação de prestarem os partidos contas à Justiça Eleitoral (art.17, III) (BRASIL, 1988, p. [21-22]).

No plano administrativo pode-se mencionar: A obrigação de prestar contas por parte de "qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos" (art. 70, parágrafo único) (BRASIL, 1988, p. [33]); A imposição dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade à atividade da administração pública de todos os níveis (art.37, *caput*) (BRASIL, 1988, p. [23]) - conforme já abordado alguns desses princípios no capítulo anterior;- A exigência de licitação para obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI), em consonância com o capítulo anterior desenvolvido (BRASIL, 1988, p. [23]).

E, além disso, no plano parlamentar tem-se o seguinte: A estipulação das incompatibilidades para os membros do Congresso (art. 54) (BRASIL, 1988, p. [57]).

Por outro lado, a Constituição não esquece do aspecto repressivo: Prevê a ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa (art. 5g, LXXIII) (BRASIL, 1988, p. [5]).

Ademais, também há no ordenamento jurídico disposição específica para tratar do tema principal do trabalho, qual seja, crimes em licitações. Entretanto, a análise desses crimes específicos será realizada no capítulo seguinte.

Assim, cabe neste capítulo analisar a Lei de Improbidade nº 8.429/92, que não pune a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público, e de todo aquele que o auxilie, voltada para a corrupção (MORAES, 2009).

Nesse sentido, Improbidade administrativa, em linhas gerais, de acordo com Martins Junior (2001, p.113), significa:

[...] servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os deveres do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial. A partir desse comportamento, desejado ou fruto de injúria, desprezo, falta de preocupação ou cuidado, revelam-se a nulidade do ato por infringência aos princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e o desvio ético do agente público e do beneficiário ou partícipe, demonstrando a inabilitação moral do primeiro para o exercício de função pública.

De forma complementar para Pazzaglini Filho (2006, p. 35), improbidade administrativa é conceituada como:

o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que sob diversas formas, promova o desvirtuamento da administração pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas, às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo “tráfico de influência” nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos e, detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.

Em vista disto, a improbidade administrativa, nada mais é do que uma forma de corrupção, no qual fere-se princípios basilares de grande relevância para Administração Pública, prejudicando assim demasiadamente o erário público e, conseqüentemente o interesse da coletividade.

Ademais, cabe mencionar que a Lei de Improbidade Administrativa nº 8429/92, estabelece nos artigos 1ª, 2ª, 3ª quem são os sujeitos a ato de improbidade administrativa, os conhecidos como os sujeitos ativos e os sujeitos passivos, que são as pessoas consideradas passíveis de sanções pela prática de atos de improbidade.

Sobre os sujeitos ativos, Fazzio Junior (2003, p. 167), entende que a Lei de Improbidade Administrativa nº. 8.429/92 ampliou a sua definição, vejamos:

[...] alarga o conceito de agente público, permitindo-lhe alcançar toda pessoa que exerce, permanentemente ou transitoriamente, com ou sem remuneração, em virtude de qualquer forma de investidura ou vínculo, cargo, emprego, ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de ente para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra, ou ainda, de ente subvencionado, beneficiado ou incentivado por órgão público.

Na mesma direção, Martins argumenta que: “[...] são sujeitos ou titulares do dever de probidade administrativa o agente público, qualquer que seja a forma de seu vínculo com a Administração Pública, além de terceiros estranhos (particulares), como o beneficiário ou participe” (MARTINS JUNIOR, 2001, p. 240).

Além disso, a Lei de Improbidade Administrativa no seu artigo 2º define o significado de agente público:

Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior (BRASIL, 1992, p. [3]).

Assim sendo, em decorrência do amplo conceito instituído pela Lei de Improbidade Administrativa, em todas as esferas dos Poderes, os agentes públicos estarão sujeitos à aplicabilidade da referida Lei.

Já sobre os sujeitos passivos leciona Garcia que quando houver a prática de um ato ilícito que infrinja preceito normativo, conseqüentemente haverá lesão do bem protegido e, na sequência o direito de alguém. Nesse seguimento, “o titular do bem jurídico ameaçado ou violado pela conduta ilícita recebe a denominação de sujeito passivo material” (GARCIA; ALVES, 2002, p.153).

Dessa maneira, dispõe o artigo 1º da Lei 8.429/92, quem são os sujeitos passivos da violação da norma:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a

sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos (BRASIL, 1992, p. [3]).

Portanto, pretende-se punir o máximo de pessoas e órgãos públicos que venham de alguma maneira tirar proveito por meio de atos de improbidade administrativa.

Como visto, a Improbidade administrativa é configurada pela prática de determinadas condutas. O conceito dessas condutas está descrito nos artigos 9º, 10 e 11 da referida lei, o artigo 9º dos atos de enriquecimento ilícito; o artigo 10, dos atos que acarretam lesão ao erário; e o artigo 11, dos atos que violam os princípios da administração pública.

Nesse condão, através da Lei de Improbidade Administrativa, a improbidade administrativa deve ser vista como aquela conduta considerada inadequada por uma questão de desonestidade e descaso com a coisa pública e com o próximo, ou então qualquer outro comportamento considerado indevido no exercício da função pública, merecedora das sanções previstas no referido diploma legislativo.

Por fim, verifica-se que o um estudo sobre a corrupção enquanto fenômeno social e político, seu conceito, sua história e a legislação aplicável, contribuem para encontrar o equacionamento mais adequado e eficaz das medidas destinadas a preveni-la ou reprimi-la.

## **4 CRIMES PREVISTOS NA LEI 8.666/93, AS PRINCIPAIS CAUSAS E MEDIDAS DE CONTROLE ÀS FRAUDES EM LICITAÇÃO**

### **4.1 Crimes previstos na Lei 8.666/93**

Apesar de ser determinado em lei a obrigatoriedade dos licitantes e licitadas seguir procedimentos e princípios, para que se atenda os interesses da sociedade realizando aquisições e contratações por meio da licitação, não raras são às vezes que este procedimento é prejudicado pela conduta destes que agem de má-fé, com a intenção de se beneficiar em detrimento do interesse público.

Ocorrendo irregularidades no certame, cabe a Administração coibir tais atitudes realizadas pelo servidor público ou pelo licitante, mas antes ela deve ser devidamente comprovada, a partir de então cada envolvido poderá responder administrativamente, civil e penalmente pelos seus atos praticados.

Os crimes da Lei 8.666/93 estão descritos nos artigos 89 a 98, tratando o artigo 99 da pena de multa. Os dispositivos são relacionados a condutas inerentes aos procedimentos licitatórios ou sua dispensa, de jeito que a assimilação de tais condutas depende do exame prévio das outras partes da lei e seus conceitos, conforme abordado no capítulo I deste trabalho. O primeiro crime licitatório previsto na lei está descrito no artigo 89, conforme preceitua:

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 (BRASIL, 1993, p. [45]).

De acordo com o artigo, verifica-se que o intuito do legislador foi garantir a franqueza nas aquisições, respeitando o princípio da moralidade administrativa na licitação. Neste dispositivo o servidor público que não vier a exigir a licitação é o sujeito ativo deste crime, não se aceitando a modalidade culposa. Igualmente será penalizado, quem contribuir para consumação da ilegalidade e beneficiar-se da dispensa ou inexigibilidade para contratar com a Administração Pública. Já o sujeito

passivo deste crime e dos demais a seguir é o ente público, colocado em situação de dano ou perigo em virtude da prática da infração (GRECO FILHO, 2007).

Sobre a consumação, Baltazar Junior (2008, p. 471) leciona:

A primeira figura consuma-se com a prática do ato administrativo de dispensa ou declaração de inexigibilidade, ainda que não haja contratação. Na segunda hipótese, a consumação dar-se-á com o decurso do prazo de publicação do ato de dispensa e, na terceira, por ocasião da contratação.

Percebe-se que a lei elenca hipóteses em que é possível deixar de licitar, seria em outras palavras, a exceção à regra de licitar. Contudo, não se permite extrapolar tais hipóteses e deve-se seguir à risca as formalidades impostas, sob pena de incorrer no referido crime.

O próximo artigo visa resguardar além da objetividade jurídica dos vários princípios que norteiam o procedimento licitatório, proteger o caráter competitivo das licitações (BITENCOURT, 2012). Refere-se ao artigo 90 que dispõe:

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 (BRASIL, 1993, p. [45]).

A consumação do crime se dá com o mero ajuste, combinação ou adoção do expediente no procedimento da licitação, independentemente da efetiva adjudicação ou obtenção de vantagem econômica. Poderá cometer o referido crime o concorrente, bem como, o servidor público que intervir na licitação, não havendo, desta forma, condição especial - crime comum (JUSTEN FILHO, 2010).

Além do mais, oportuno referir que a combinação ou acordo disposto no artigo em comento pode ser realizado entre os próprios licitantes, ou até mesmo entre um licitante e um servidor público.

O artigo subsequente assemelha-se com o crime disposto no Art. 321 do Código Penal (Advocacia Administrativa), a diferenciação é que ele é mais específico, referindo-se diretamente à licitação. Ele objetiva garantir a imparcialidade dos serviços públicos no exercício de suas funções, preservando o bom funcionamento da Administração pública (BALTAZAR JUNIOR, 2008). Alude o artigo 91:

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 (BRASIL, 1993, p. [45]).

Neste crime o sujeito ativo é o servidor público, que de certa forma, patrocina direta ou indiretamente a defesa, estimula a criação de condições para a vitória de um determinado interesse privado (GRECO FILHO, 2007).

Uma situação que pode exemplificar o delito mencionado é quando um servidor conduz uma licitação de forma direcionada, objetivando selecionar certo participante. Isto além de ser um ato ilegal, trata-se de uma conduta imparcial e moral.

Sobre o artigo posterior (artigo 92 da Lei 8.66/93), ele resguarda outra vez o princípio da moral administrativa, principalmente a tutela dos contratos administrativos, que deverão ser cumpridos e executados exatamente como foram celebrados, ou seja, tutela a inalterabilidade dos contratos. O sujeito ativo é o servidor público, no entanto o parágrafo único amplifica a punição ao particular que se beneficia com a irregularidade, contanto que tenha concorrido para a consumação da ilegalidade. Em relação a consumação, ela se dá quando se constata uma alteração contratual, que gere vantagem ao adjudicatário, ou quando ocorrer o pagamento antecipado da fatura (BITENCOURT, 2012). Explana-se sobre o artigo 92, transcrito:

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 (BRASIL, 1993, p. [45]).

Para compreendermos melhor do que se trata o artigo trabalhado, observa-se o julgado abaixo que demonstra um caso de inaplicabilidade do discutido dispositivo, vejamos:

PREFEITO MUNICIPAL — VANTAGEM EM FAVOR DO ADJUDICATÁRIO — CONSERTO E AQUISIÇÃO DE PEÇAS PARA VEÍCULOS DIVERSOS — LICITAÇÃO NÃO REALIZADA. 1. Prefeito Municipal que admite breves modificações na execução do contrato, agindo com bom senso e atendendo peculiaridades hidrogeológicas, não comete o crime tipificado no art. 92 da Lei n. 8.666. 2. Município com apenas uma oficina mecânica e distante 25 quilômetros de outras sedes municipais, está dispensado do certame licitatório, se os consertos e peças adquiridas se destinarem a veículos diversos, importando em valores inferiores ao limite para dispensa de licitação, não se podendo afirmar que se trata de estratégia objetivando fracionamento. 3. Não ocorre ofensa à lei licitatória, se o ente municipal entrega trator com bastante uso, como parte de pagamento de um similar novo, por preço superior ao de avaliação, depois de frustrado leilão realizado para venda do trator usado. Ação penal julgada improcedente, à unanimidade, [...].Processo-Crime.70000544411/RS, Rel. Ministro GASPAR MARQUES BATISTA, QUARTA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 30/06/2005, DJ 22/08/2005, p.21. (Grifado no original)

O entendimento nesta jurisprudência é de que o Prefeito não incorreu nas sanções do artigo, pois neste caso a modificação da execução do contrato foi para atender peculiaridades hidrogeológicas, não se encaixando deste modo na tipificação do artigo.

Dando continuidade temos o artigo 93 que versa o seguinte:

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 (BRASIL, 1993, p. [45]).

Ele se parece com a modalidade criminosa contida no artigo 335 do Código Penal (impedimento, perturbação ou fraude de concorrência). Não obstante, o dispositivo da lei penal refere-se a concorrência pública e o art. 93 da Lei de Licitações refere-se a qualquer ato de procedimento licitatório. O delito pode ser praticado por qualquer um, incluindo o servidor público, e é consumado quando o ato do procedimento deixa de ser praticado em decorrência da atitude do agente (GRECO FILHO, 2007).

Vale citar duas jurisprudências, acerca do crime exposto, a primeira demonstra o momento da consumação do crime, e a segunda o exemplifica:

CRIME. FRAUDE À LICITAÇÃO. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFESA. O crime do art. 93 da Lei n. 8.666/93 é material, de resultado concreto. Exige, para sua configuração, o impedimento, a perturbação ou a fraude do ato. Não se faz mister, contudo, indagar se resultou prejuízo para a Administração Pública. Apelo do MP parcialmente provido para condenar os apelados pelo delito de fraude à licitação na forma consumada; declarada, contudo, a extinção da pretensão punitiva do Estado, pela

prescrição, com fundamento nos arts. 109, VI, e 110, § 1º, ambos do CP; prejudicado o apelo defensivo, [...] . Apelação Criminal.70010487999/RS, Rel. JOSÉ EUGÊNIO TEDESCO, QUARTA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 21/07/2005, DJ, 10/08/2005, p. 19.

PENAL. ART. 93. LEI 8.666/93, FRAUDE EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 304 CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. EMENDATIO LIBELLI, APLICAÇÃO "EXOFFICIO".

1. Os delitos tipificados nos arts. 297, 301 e 304 do CP (falsificação de documento público, certidão ou atestado falso e uso de documento falso), na espécie de crime de fraude em licitação, são alcançadas e absorvidas pelo artigo 93 da Lei 8.666.93, sob a égide do princípio de especialidade (lei especial prevalece sobre a geral).

2. É cabível a emendatio libelli em segundo grau, independentemente de pedido específico.

3. Recursos do Ministério Público Federal e da defesa não providos, [...]. Acórdão.1998.01.00.050440-0/RJ, Apelação Criminal, Rel. Desembargador Federal TOURINHO NETO, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/03/2007, DJ 20/04/2007, p. 22. (Grifado no original)

Analisando o primeiro julgado, depreende-se que para configurar a consumação do crime em análise, não necessita que haja prejuízo para a Administração Pública, basta que o ato processual que deveria ocorrer seja frustrado. E sobre o segundo julgado, contata-se que o uso de documento falso em licitação (prática recorrente nos certames) é tipo penal estabelecido tanto no Código Penal quanto na Lei de Licitações, mas esta lei prevalece sobre aquela, em obediência ao princípio da especialidade.

Em seguida, estudamos o artigo 94, que estabelece:

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 (BRASIL, 1993, p. [45]).

No artigo em estudo, o bem jurídico a ser salvaguardado é a regularidade do procedimento licitatório. Aqui o servidor público é o sujeito ativo. Entretanto, a ação de possibilitar a terceiro o devassamento do sigilo, também permite o envolvimento de particulares neste crime. Está configurado o crime quando o servidor público que tenha responsabilidade de guardar as propostas apresentadas, viola tal sigilo, configurando uma espécie de violação de segredo funcional. Ocorre também se o servidor facilitar o devassamento a outrem (GRECO FILHO, 2007).

Conforme o explicitado, a regra impõe que as propostas sejam mantidas em segredo, por isto que os envelopes das propostas são devidamente lacrados e

somente em um determinado momento do procedimento é permitida a abertura dos envelopes, pois caso contrário, frustraria o caráter competitivo do certame.

Na sequência vem o artigo 95, o qual estava descrito de forma idêntica na parte final do artigo 335 do Código Penal, que foi revogado pelos artigos 93 e 95 da Lei de Licitações. O intuito do mesmo é assegurar a respeitabilidade, probidade, integridade, moralidade, do certame licitatório, especialmente a participação igualitária dos concorrentes. Neste dispositivo qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo e a consumação acontece com o emprego da violência física contra o licitante, ou grave ameaça, ou ainda com a oferta de vantagem, lembrando que basta a tentativa de afastamento do licitante para que se realize o crime (BITENCOURT, 2012).

Ilustramos o artigo 95:

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:  
Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.  
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida (BRASIL, 1993, p. [46]).

Outrossim, infringir o artigo 95 também implica em afetar a competitividade entre os licitantes, visto que afastar um dos participantes torna o certame menos disputado, e conseqüentemente a proposta pode deixar de ser a mais vantajosa.

O propósito especial do dispositivo seguinte é preservar o patrimônio público da Fazenda. Nele o sujeito ativo é todo aquele que praticar de procedimento licitatório ou de contratação direta nas condições elencadas nos incisos, e o ato criminoso consuma-se com a efetivação do prejuízo, que se apresenta no pagamento da fatura (JUSTEN FILHO, 2010). Trata-se do artigo 96, o mesmo relata:

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 (BRASIL, 1993, p. [46]).

Sucessivamente examinamos o artigo 97, conforme explica:

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 (BRASIL, 1993, p. [46]).

A finalidade deste artigo é asseverar novamente a respeitabilidade, moralidade e probidade da Administração Pública, assim como a correta gestão das finanças públicas, e em especial a contratação de licitantes capazes de honrar com o seus compromissos. Trata-se um de crime próprio do servidor que tenha atribuição de decidir sobre a admissão à licitação ou sobre a assinatura do contrato, mas o particular ou responsável pela empresa que tenha sido declarada inidônea e concorrer ou contratar responde pelo delito do parágrafo único. Merece ainda referir que a mera admissão à licitação ou contratação (em suas várias formas) do licitante inidôneo, independentemente da vantagem ou dano, o crime já se consuma (BITENCOURT, 2012).

Pelo o que consta, a intenção do legislador em dispor este crime, é que antes de selecionar a empresa que será contratada, a Administração deve analisar o histórico da empresa (se já não foi impedida de licitar em outra ocasião), pois o fato de ter sido declarada inidônea mesmo que em outra licitação, é um indicativo de que a empresa cometeu uma falta grave na execução do contrato, ou até mesmo um crime, de modo a torná-la inidônea para licitar. Aliás, dependendo da gravidade do ocorrido a declaração pode ser em âmbito Municipal, Estadual ou Federal.

Finalizando os crimes de licitação, tem-se o artigo 98, que descreve:

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 (BRASIL, 1993, p. [46]).

Antes de tudo, é válido explicar que os órgãos públicos que realizam licitações deverão manter certificados de registro cadastral (CRC) para fins de habilitação, segundo o Art. 34 da Lei de Licitações. O Art. 98 busca regularidade e a eficiência da Administração Pública em que o interesse é a obtenção de um maior número de concorrentes para selecionar a proposta mais vantajosa, neste caso o

sujeito ativo é apenas o servidor público (JUSTEN FILHO, 2010). Conveniente destacar inclusive que, impedir um participante de realizar o CRC, conseqüentemente impede de participar de algumas modalidades de licitação que exigem o mesmo como requisito do edital, afetando deste modo, novamente, o caráter competitivo.

Cabível ainda mencionar brevemente sobre a pena de multa que trata-se de pena pecuniária que deverá ser proporcional à vantagem indevida. Todavia, por não haver uma correção exata ao se impor o valor da sanção pecuniária a mesma passa a perder o valor de sanção por excelência, pois se mostra inviável, já que a certeza é característica indispensável para aplicação do Direito Penal. O produto da arrecadação será revertido para a Fazenda Pública que sofreu a lesão (BITENCOURT, 2012).

Disciplina o artigo sobre multa:

Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal (BRASIL, 1993, p. [46]).

Portanto, através de uma análise crítica de cada um dos artigos abordados, pode-se inferir que os crimes arrolados nesta lei tipificam os atos contrários ao processo licitatório e definem as penas a serem aplicadas ao transgressor, com o objetivo de combater as ilicitudes nas aquisições públicas.

Mas apesar da lei procurar, com riqueza de detalhes, normatizar os processos de compras quando se trata de recursos públicos, há muitos casos de má administração das finanças, de licitações destinadas e de favoritismos, em que empresas são vencedoras por interesses de alguns.

De fato, na maioria dos entes federativos encontram-se, regras Constitucionais e de Direito Administrativo e Penal sendo descumpridas. No meio delas destacam-se as fraudes de licitações, que causam enormes prejuízos aos cofres públicos, prejudicando assim os direitos coletivos.

Por isto, é de suma importância encontrar formas de coibir os atos fraudulentos ocorridos frequentemente nas licitações, deixar de reprimir tais

condutas acarretaria, dentre outros, fornecer à população produtos e serviços de baixa qualidade, ou até mesmo inviabilizar o atendimento de necessidades básicas e imprescindíveis.

#### **4.2 As principais causas das fraudes em Licitação**

A fraude em Licitação pode-se dizer que nada mais é do que um ato corruptivo mais específico, por isso quando refere-se no presente trabalho à corrupção, é necessário relacionar a fraude em Licitação, haja vista que, trata-se de crimes relacionados ao processo de licitatório, cometidos contra a Administração Pública, no qual burlam-se regras, princípios, ditames constitucionais e também valores ético-morais (considerados obrigatórios para a legalidade do certame), com o fim de obter vantagem de forma ilícita para si ou para terceiro.

No processo licitatório, diversas ilegalidades podem ocorrer (ilegalidades estas já apontadas no decorrer do trabalho). Algumas delas ocasionam infrações administrativas, violando normas internas da Administração, e outras, mais gravosas, configuram-se como crimes, sujeitos a aplicação das normas do Direito Penal. Nas duas situações é inaceitável a impunidade. Sendo cometida uma infração administrativa ou então praticado um crime, deve-se aplicar as penalidades aos infratores. As diferentes zonas em que se pode cometer uma infração permite a classificação das punições em sanções administrativas e sanções penais. Nesse sentido, é importante destacar que a aplicação de uma não exclui a outra, ou seja, pode o infrator ser punido com ambas as sanções de forma cumulativa (CARVALHO FILHO, 2014).

Nesse contexto, vale lembrar que a corrupção (leia-se também fraude em Licitações), trata-se de um fenômeno político social, no qual se estabelece uma relação entre o corruptor e o corrompido para maximizar as oportunidades que proporcionam benefícios pessoais de maneira ilegal.

Nessa perspectiva segundo Garcia (2013, p. 68):

a corrupção se apresenta como um meio de degradação do interesse público em prol da satisfação do interesse privado. O agente público, apesar de exercer suas funções no âmbito de uma estrutura organizacional destinada à consecução do bem comum, desvia-se dos seus propósitos originais e passa atuar em prol de um interesse privado bipolar, vale dizer, aquele que, a um só tempo, propicia uma vantagem indevida para si próprio

e enseja um benefício para o particular que compactuou com a prática corrupta.

À vista disso, constata-se que as fraudes licitatórias, além de contrariarem a moralidade, lisura e idoneidade esperadas dos agentes públicos e dos licitantes concorrentes, também trazem grandes prejuízos financeiros, sacrificando muitas áreas no qual o dinheiro público desviado, poderia ter sido aplicado.

Logo, é visto que se faz necessária adoção de mecanismos de prevenção e controle da corrupção (e por analogia fraude em Licitação), no entanto para que isso ocorra, é indispensável primeiramente diagnosticar as suas causas, ou seja, os fatores que contribuem/induzem para a sua ocorrência.

Dentre os fatores pode-se citar a rapidez na disseminação em grande escala de agentes corruptores dentro da Administração Pública, os quais agem de maneira organizada e licenciosa, causando, assim, certo enfraquecimento do poder do Estado, que se vê fragilizado diante desta patologia avassaladora que domina e se perpetua dentro do seu próprio âmbito governamental (KAERCHER, 2014).

Nessa linha, se deve também ao fato da burocracia ser abusiva, ou seja, regulamentações excessivas, que são contraproducentes para a moralidade administrativa. Elas dão lugar, como expressivamente se diz à criação de dificuldades que ensejam a "venda de facilidades" (FERREIRA FILHO, 1991).

Ademais, da mesma forma se considera relevante para a ocorrência de fraudes o fato de que tornou-se necessária a prática dessas condutas para garantir a competitividade no mercado. Pois, o licitante ou agente corruptor que não entrar no "jogo" terá poucas chances de vencer em um certame licitatório, por exemplo.

Assim, expõe Garcia (2013, p.69):

Sob a ótica empresarial, a corrupção, em inúmeras ocasiões, é vista como um instrumento necessário à manutenção da própria competitividade entre os que atuam em um meio reconhecidamente corrupto. Aqueles que abdicaram da corrupção se verão em uma posição de inferioridade em relação aos competidores que se utilizam desse mecanismo, sendo possível, até mesmo, sua exclusão da própria competição (v.g.: órgão público cujos agentes fraudam com frequência suas licitações, ou que exigem um percentual do objeto do contrato para sua adjudicação, somente permitirá que o certame seja vencido por empresa que se ajuste ao esquema de corrupção). Incide aqui, em toda a sua intensidade o conhecido dilema do prisioneiro: os corruptos não se absterem das práticas ilícitas porque desconhecem o comportamento que será adotado pelos seus pares.

Como exemplo disso, podemos citar o cartel em licitações, compreendido como um trato, mesmo que implícito entre licitantes para, principalmente, fixar preços máximos e mínimos, divisão de clientes e de mercados de atuação. Na cartilha “Combate a cartéis em licitações” do Ministério da Justiça, citada por Mourão e Couto (2011, p.13) é demonstrada a gravidade da lesão desse esquema, vejamos:

Cartéis são considerados a mais grave lesão à concorrência porque prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis. Ao artificialmente limitar a concorrência, os membros de um cartel também prejudicam a inovação, impedindo que novos produtos e processos produtivos surjam no mercado. Cartéis resultam em perda de bem-estar do consumidor e, a longo prazo, perda de competitividade da economia como um todo. Segundo estimativas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo, causando prejuízos de centenas de bilhões de reais aos consumidores anualmente.

Outro fator determinante para a ocorrência da corrupção (leia-se também fraude em Licitação) é a ausência de consciência coletiva somada à supremacia do interesse privado sobre o público que constitui um poderoso estímulo à corrupção. (GARCIA, 2013).

No mesmo sentido, mas em outras palavras, leciona Garcia (2013, p.68):

O “jeitinho brasileiro” reflete uma “zona cinzenta moral”, em que, a depender das circunstâncias, condutas normalmente tidas como erradas passam a ser vistas como certas ou, ao menos, como toleráveis. A aceitação social da corrupção possui um potencial expansivo diretamente proporcional à possibilidade, ou não, de que certa conduta seja considerada um mero “jeitinho”, o que, sob os olhos da realidade social, a retiraria do plano da ilicitude. Seu combate está diretamente relacionado ao desenvolvimento dos padrões educacionais e da consciência cívica da população, fatores que exigem um processo contínuo de aperfeiçoamento e que somente apresentam resultados satisfatórios a longo prazo.

Nessa mesma linha, afirma Kaercher que a atuação da sociedade contra a corrupção é muito frágil e pouco vista, já que infelizmente a cultura da população brasileira está adaptada a aceitar e tolerar tal situação, em que é melhor se manter inerte, e por consequência não se divulgar, do que agir como cidadão ativo e crítico, perante toda essa problemática. Sendo assim, verifica-se que há certo “temor” das consequências posteriores. Então, para o povo é mais aconselhável ser

“prejudicado” pela prática corruptiva do que agira e se mostrar presente na sua prevenção ou até mesmo no combate (KAERCHER, 2014).

Segundo Costa (2013, p.18), o máximo que a população faz é uma escandalização vazia, vejamos:

São crescentes os casos de corrupção submetidos à justiça penal, com ampla cobertura pela imprensa. Todavia, não têm gerado na população nada além de uma pretensa escandalização vazia, supérflua e fugaz, que não gera mobilização ou mudança de comportamento. O brasileiro diz indignar-se com a corrupção, mas na eleição seguinte, ao votar, não considera o passado corrupto de candidatos como dado importante na tomada de sua decisão.

Nesse contexto, a prática de atos ilícitos prejudiciais à coisa pública se tornou algo cotidiano, sendo visto pela maioria da sociedade como um ato ou fato normal de acontecer. Devido a esse pensamento, comportamento social de valores éticos frágeis os funcionários públicos sentem-se desobrigados a agir de forma diversa.

De forma clara e precisa, Garcia (2013, p.51) explana sobre o tema:

A corrupção está associada à fragilidade dos padrões éticos de determinada sociedade, os quais se refletem sobre a ética do agente público. Para ser ele, normalmente, um mero “exemplar” do meio em que se vive e se desenvolve, um contexto social em que a obtenção de vantagens indevidas é vista como prática comum dentre os cidadãos, em geral, certamente fará com que idêntica concepção seja mantida pelo agente nas relações que venha a estabelecer com o Poder Público. Um povo que preza a honestidade provavelmente terá governantes honestos. Um povo que, em seu cotidiano, tolera a desonestidade e, não raras vezes, a enaltece, por certo terá governantes com o pensamento similar.

Além do mais, segundo Garcia a corrupção, quando está no ápice da pirâmide hierárquica serve de fator multiplicador da corrupção dentre aqueles que estão em posição inferior, pois acaba desestimulando estas pessoas a terem alguma conduta diversa. Como ela está nos pontos hierárquicos e cargos mais altos, é comum que os servidores mais modestos sofram esta influência negativa dos superiores hierárquicos. Isso resulta na proliferação desse fenômeno, que é degenerativo, de cima para baixo (GARCIA, 2013, p.56).

Igualmente, a corrupção também pode se manifestar com a projeção de alianças que proporcionaram ao servidor público sua elevação ao poder. Nestas circunstâncias, as vantagens que são conquistadas pelo agente, antecedem o próprio exercício da função pública. Ocasionam reflexos na atividade finalística que

será por ele mais adiante exercida. É a denominada corrupção diferida, na qual a vantagem recebida agora, no presente, irá, sem dúvidas, desvirtuar a atividade administrativa no futuro (GARCIA, 2013).

Entretanto, não se pode generalizar afirmando que todos os agentes públicos e políticos são corruptores.

Assim entende Domingues (2012, p. 160):

Não há inocência hoje da sociedade em relação ao tema, não se trata de um Estado todo-poderoso que a vampiriza contra seu desejo, mas sim de um mecanismo que engaja vastas camadas da população, das empresas e diversas outras organizações, não obstante alguns se beneficiarem com isso muito mais que outros. Isso não quer tampouco dizer que todos os funcionários públicos e políticos eleitos ou administradores por eles indicados, a exemplo do que ocorre com a população em geral, estejam engajados nesse mecanismo institucional patrimonial, como se esta fosse uma instância universalmente definidora do Estado, ou ao menos absoluta nos quadros da América de colonização ibérica.

Estes fatores abordados são apenas alguns dos motivos causadores da corrupção/fraude em Licitações mencionados por diferentes doutrinadores.

Sendo assim, percebe-se que o combate da corrupção é extremamente complexo, tendo em vista que existem muitos fatores que fortalecem e multiplicam esta patologia que se disseminou na Administração Pública e na sociedade como um todo.

### **4.3 Medidas de controle às fraudes em Licitação**

No que tange as fraudes em Licitações não é difícil perceber as consequências práticas. O contratante que é beneficiado pelos atos de corrupção, provavelmente, deixará de cumprir os requisitos técnicos que são exigidos para o caso e, sendo assim, não realizará a melhor aquisição/prestação. Assim, o custo da corrupção deverá ser transferido para a execução do contrato, o que terá como consequência evidente a prestação ao público com quantidade ou qualidade inferior ao que foi contratado (GARCIA, 2013).

Desta forma, quando a corrupção é tolerada pela comunidade, os atingidos, são justamente as pessoas mais necessitadas que sofrem de forma direta com os efeitos deste descaso.

No entendimento de Leal (2013, p. 97-98), a corrupção viola diretamente os Direitos Humanos, conforme assenta:

Não há dúvidas de que a corrupção encontra-se diretamente conectada à violação dos Direitos Humanos e Fundamentais, notadamente quando os atos corruptivos são utilizados como formas de violação do sistema jurídico como um todo (o caso de suborno de servidores públicos para agilizarem procedimentos burocráticos), o que afeta, por si só, a ordem jurídica posta, além de provocar impactos localizados na rede de direitos e garantias vigente (eis que, neste exemplo, outros expedientes podem ser atrasados ou deixados de lado).

Dito isto, mostra-se necessário e urgente a adoção de medidas que possam ao menos controlá-la, já que segundo os principais doutrinadores abordados, ela nunca terminará.

Para Helena Regina Lobo da Costa, a falta de respeito com a coisa pública, a sobreposição de interesses privados e de utilização do cargo público para benefício próprio, que claramente já ocorrem desde a época da colonização, mostram-se absolutamente idênticos nos dias atuais. Destaca então, que é preciso evitar, atualmente, os chamados arranjos institucionais, políticos e sociais, que desde a época colonial, sempre atuaram como fomentadores de práticas corruptas (COSTA, 2013).

Outra medida eficaz para o controle da corrupção, mais especificamente das fraudes em Licitação, é a utilização do pregão eletrônico, pois ele dificulta a ocorrência de irregularidades (irregularidades ligadas ao universo restrito de licitantes, que favorece o superfaturamento e o conluio), bem como é a modalidade mais segura, em decorrência do anonimato dos licitantes até o encerramento da sessão pública realizada pela internet. Além disso, o pregão eletrônico proporciona uma redução significativa dos preços, através de um processo de extrema simplicidade processual tornando-o mais célere (MOURÃO; COUTO, 2011).

Demais a mais, a identificação de irregularidades possibilita aos órgãos de controle, e também ao gestor, providenciar medidas saneadoras, de modo a prevenir a reincidência e apurar responsabilidades. Mas para isso, o agente público precisa analisar o edital e os documentos dos licitantes, dando especial atenção as possíveis irregularidades, como documentos sem assinatura, não autenticados, falsificados, idênticos a outros licitantes, fora de prazo, entre outros (MOURÃO; COUTO, 2011).

Além disso, é preciso verificar a necessidade de contratar, o valor do contrato em comparação com os valores de mercado e o cumprimento do objeto contratado. (MOURÃO; COUTO, 2011).

Percebe-se que para que seja possível a identificação das possíveis ilegalidades, se faz necessário primeiramente o conhecimento detalhado do processo como um todo, por parte do funcionário público. No entanto, na maioria dos órgãos públicos os funcionários não possuem a devida capacitação para exercerem as suas atividades.

Desse modo, Helena entende que se deve incluir como medida de combate à corrupção, o fortalecimento das instituições públicas, com suas tarefas bem divididas, especificadas e a estabilidade diante de mudanças de governo. De modo igual, a capacitação do funcionário público, exigindo-lhe adequada formação técnica e uma carreira estruturada (COSTA, 2013).

Nessa senda, ainda sugere que a nomeação, para os cargos públicos não selecionados por meio de concurso público, precisa ser feita com fundamentos técnicos, haja vista que a nomeação que é tão somente política gera uma atmosfera de influências de pedidos pessoais e troca de favores, que na maioria das vezes não são condizentes com a realização do interesse público (COSTA, 2013).

Também, deve ser afastada a ideia de que a coisa pública não é de ninguém. Isto é consequência da ignorância popular: povo ignorante não se insurge contra o agente corrupto. O agente corrupto desvia recursos públicos e os afasta das políticas de concretização da cidadania. O povo torna-se dependente daquele que o lesou, ficando incapaz de quebrar o ciclo (GARCIA, 2013).

Livianu (2014, p.164) também colabora escrevendo sua opinião sobre essa problemática. Para o autor o controle da corrupção (entende-se também da fraude em Licitações) deve ser feito da seguinte forma:

O controle da corrupção exige planejamento estratégico e vontade política para transformar em política pública permanente, que inclui educação para a cidadania, fortalecendo valores humanistas e éticos, participação e mobilização da sociedade, além da eficiência do sistema da justiça.

Nesse âmbito, seu combate está diretamente relacionado ao desenvolvimento dos padrões educacionais e da consciência cívica da população, fatores que exigem

um processo contínuo de aperfeiçoamento e que somente apresentam resultados satisfatórios a longo prazo (GARCIA, 2013).

É nessa mesma linha de raciocínio que Emerson Garcia afirma que infelizmente teremos um caminho duradouro e tortuoso a percorrer. A corrupção (interpreta-se também a fraude em Licitação) não será combatida com mera produção normativa, mas sim por meio da conscientização democrática aliada a uma lenta e paulatina participação popular. Assim, haverá a contínua fiscalização das instituições públicas, reduzirá a conivência e, pouco a pouco, depurará as ideias daqueles que pretendem agir de mar fé e obter vantagem em detrimento dos interesses da população. Além do mais, observa que, desse modo, a corrupção poderá ser atenuada, mas jamais será eliminada (GARCIA, 2013).

Sobre a questão da extinção da corrupção/fraude em Licitação, Livianu em consonância com Garcia considera que é fácil perceber que a corrupção não pode ser extinta, da mesma forma que nunca será extinta a violência ou a desigualdade. Ela pode e deve ser controlada (LIVIANU, 2014).

No tocante à fiscalização Mourão e Couto afirmam que cada procedimento administrativo licitatório esta sujeito aos controles externo e interno. Vale destacar a importância da comissão de licitação nesse processo de controle interno, cabendo-lhe zelar pela observância das normas aplicáveis, a fim de garantir a lisura desse processo (MOURÃO; COUTO, 2011).

Além do mais, juntamente, há o controle externo da licitação que é realizado por vários órgãos e pelos cidadãos. Assim, essa fiscalização pode ser desenvolvida pelo Ministério Público, de acordo com o art. 129 da CF/88, pelo Poder Legislativo, que valer-se da comissão parlamentar de inquérito, pelos Tribunais de Contas, nos termos do art. 71 da CF/88, e pelo Poder Judiciário (MOURÃO; COUTO, 2011).

Sobre o controle externo ainda se tem os cidadãos. A participação da sociedade é muito importante, inclusive o controle social tem previsão expressa na CF/88, conforme o art. 74, § 2º, sendo aplicável a todos os demais Tribunais de Contas, a teor do art. 75, *caput*, da CF/88, conforme segue:

Art. 74. [...]

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos

Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios (BRASIL, 1988, p. [62]).

Conseqüentemente, parece claro que a luta contra esse mal não pode ser confinada ao setor público e restringir-se a medidas punitivas, penais e administrativas, dirigidas a agentes individuais, pois não há dúvida de que a corrupção interna quase sempre depende da relação entre os agentes públicos e os cidadãos (SILVA, 2008).

É nessa senda que a corrupção e seus mais variados tipos (como o tema em foco: Fraude nas Licitações) tem sido um dos temas centrais no processo de globalização, inclusive unindo esforços e energias, para a implementação, difusão e fortalecimento de ferramentas preventivas e de diagnósticos precisos, visando objetivos comuns aos povos civilizados e democráticos (OSÓRIO, 2013).

Como se constata, em relação ao controle às infrações nas compras públicas, não basta à elaboração de normas, é fundamental o constante aperfeiçoamento dos mecanismos de controle, juntamente com participação ativa da sociedade e dos funcionários públicos envolvidos nesse processo, para que haja a efetiva observância das normas e princípios aplicáveis.

## 5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, percebeu-se que a Licitação é uma política administrativa, que constitui um dos principais instrumentos de aplicação do dinheiro público, uma vez que ela proporciona à Administração a escolha, do contratante com a proposta mais vantajosa, e prima pela igualdade dos candidatos que desejam participar do certame.

Além disso, verificou-se que a Lei de Licitações elencou diversos princípios administrativos aplicáveis à Licitação, tais princípios devem ser aplicados a todos que lidem com dinheiro público, sob pena, de responsabilização, no caso de não observância. Estes princípios previstos tanto na Constituição Federal Brasileira, quanto na Lei de Licitações, tem relevante importância para concretização das finalidades do procedimento licitatório.

Neste cenário, constatou-se que a Licitação é um processo complexo, composto por inúmeros procedimentos, modalidades, tipos e até exceções a regra de licitar, que se trata de formalidades necessárias para que se atinja o objetivo de buscar no mercado a proposta licitatória mais favorável para a administração Pública e, ao mesmo tempo, propiciar aos participantes da licitação tratamento isonômico, garantindo deste modo, uma aplicação eficiente e transparente dos recursos públicos disponíveis.

No tocante à corrupção, notou-se que o seu conceito é relativo, pois ele varia de uma comunidade para outra, é neste sentido que se afirma que não há uma única definição acerca da corrupção.

Além do mais, verificou-se que é da natureza humana procurar influenciar decisões que nos afetam, o homem busca interferir em favor do que lhe interessa e a corrupção é inerente à cultura e a política do Brasil, sendo considerado um fenômeno político social de longa data, causador de um grande desafio - modificar essa realidade -, pois se tornou uma prática comum e aceitável pela população na política, equiparando-se a um costume social.

Quanto à improbidade administrativa, auferiu-se que nada mais é do que uma forma de corrupção, no qual fere princípios basilares de grande relevância para Administração Pública, prejudicando, assim, demasiadamente o erário público e, conseqüentemente, o interesse da coletividade. Nesse condão, a improbidade administrativa deve ser vista como aquela conduta considerada inadequada por uma

questão de desonestidade e descaso com a coisa pública e com o próximo, ou então qualquer outro comportamento considerado indevido no exercício da função pública, merecedora das sanções previstas no referido diploma legislativo.

Nesse contexto, notou-se que o estudo sobre a corrupção enquanto fenômeno social e político, seu conceito, sua história e a legislação aplicável, contribuem para encontrar o equacionamento mais adequado e eficaz das medidas destinadas a preveni-la ou reprimi-la.

Vale ressaltar que a fraude em Licitação nada mais é do que um ato corruptivo mais específico, quando se refere à corrupção, é necessário relacionar a fraude em Licitação, haja vista que se trata de crimes relacionados ao processo de licitatório, cometidos contra a Administração Pública, no qual se burlam regras, princípios, ditames constitucionais e também valores ético-morais (considerados obrigatórios para a legalidade do certame), com o fim de obter vantagem de forma ilícita para si ou para terceiro.

Referente aos crimes da Lei de Licitações observou-se através de uma análise crítica de cada um dos artigos abordados, que os crimes arrolados nesta lei tipificam os atos contrários ao processo licitatório e definem as penas a serem aplicadas ao transgressor, com o objetivo de combater as ilicitudes nas aquisições públicas.

Mas, apesar da lei procurar, com riqueza de detalhes, normatizar os processos de compras quando se trata de recursos públicos, há muitos casos de má administração das finanças, de licitações destinadas e de favoritismos, em que empresas são vencedoras por interesses de alguns.

De fato, na maioria dos entes federativos encontram-se regras Constitucionais e de Direito Administrativo e Penal sendo descumpridas. No meio delas destacam-se as fraudes de licitações, que causam enormes prejuízos aos cofres públicos, prejudicando assim os direitos coletivos.

Por isto, é de suma importância encontrar formas de coibir os atos fraudulentos ocorridos frequentemente nas licitações, deixar de reprimir tais condutas acarretaria, dentre outros, fornecer à população produtos e serviços de baixa qualidade, ou até mesmo inviabilizar o atendimento de necessidades básicas e imprescindíveis.

Logo, é visto que se faz necessária adoção de mecanismos de prevenção e controle da corrupção (e por analogia fraude em Licitação), no entanto para que isso

ocorra, é indispensável primeiramente diagnosticar as suas causas, ou seja, os fatores que contribuem/induzem para a sua ocorrência.

Analisou-se alguns desses fatores causadores da corrupção/fraude em Licitações e percebeu-se que o combate da corrupção é extremamente complexo, tendo em vista que existem muitos fatores que fortalecem e multiplicam esta patologia que se disseminou na Administração Pública e na sociedade como um todo.

Dito isto, mostrou-se necessário e urgente a adoção de medidas que possam ao menos controlá-la, já que, segundo os principais doutrinadores abordados, ela nunca terminará.

Desta forma, estudaram-se algumas medidas de prevenção e controle a corrupção e constatou-se que, não basta apenas à elaboração de normas, é fundamental o constante aperfeiçoamento dos mecanismos de prevenção e controle, juntamente com participação ativa da sociedade e dos funcionários públicos envolvidos nesse processo, para que haja a efetiva observância das normas e princípios aplicáveis.

Concluiu-se, por fim, que existem normas suficientes para regulamentar a ocorrência de fraudes em licitações, sejam elas normas administrativas, constitucionais ou penais. Por isso, é visto que não é por falta de leis que as fraudes em licitação ocorrem, o problema não está nas leis (não obstante algumas possam ser aperfeiçoadas), mas sim na efetivação de tais leis, pois a sociedade brasileira tem uma visão um tanto quanto equivocada sobre a forma de tratamento do dinheiro público.

O cidadão acomodou-se nessa cultura de valores morais e éticos um tanto quanto frágeis, mas precisa mudar esse pensamento, o cidadão tem que despertar desse aceitação constante e fazer valer os seus direitos, buscar conhecer as formas de denúncias e cobrar do Estado a implementação de políticas públicas contra essas condutas desrespeitosas com o povo brasileiro.

Pois, considerar comum, tolerar e se calar perante a prática de atos corruptos, colaborarão ainda mais para a disseminação desse fenômeno político social avassalador. Importante ainda destacar que acobertando tais práticas, os mais prejudicados serão justamente as pessoas que mais precisam de ajuda do poder público.

Existem diversas medidas contra essa problemática, conforme abordado no decorrer do presente trabalho, mas se observou que duas medidas são peças-chaves para colaborar com a prevenção e controle das fraudes em Licitação. Uma delas é a adoção sempre que possível da modalidade pregão eletrônico. Tendo em vista que é a modalidade mais segura e transparente que existe no processo de Licitação, pois ela é realizada pela internet tendo os seus atos todos registrados e publicizados. Além do mais, o pregão eletrônico, por ser realizado de forma virtual, possibilita então que mais licitantes participem do certame, e com isso faz aumentar a competitividade e reduzir o preço pago pela administração pública.

A outra medida é a capacitação dos funcionários públicos que exercem as atividades relacionadas ao processo Licitatório. Pois se percebeu que os responsáveis pela condução dos certames, são muitas vezes despreparados para exercer suas atividades funcionais. Assim, se faz necessário, o investimento em cursos de capacitação que versem sobre o universo das Licitações, para tais funcionários, sendo que desta forma poderão detectar, evitar e penalizar mais fácil as irregularidades em Licitações.

Diante do exposto, a presente proposta de pesquisa objetivou-se analisar a legislação e doutrina e descobrir o motivo da ocorrência das fraudes nas licitações, e melhorar a compreensão da importância da atuação da sociedade em conjunto com o poder público, por meio de políticas públicas que objetivam prevenir e controlar a prática de atos fraudulentos em Licitações.

## REFERÊNCIAS

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 16 março 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)>. Acesso em: 07 outubro 2013.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Criminal. 70010487999/RS, Rel. José Eugênio Tedesco, Quarta Câmara Criminal, julgado em 21/07/2005, DJ, 10/08/2005, p. 19. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70010487999>>. Acesso em: 27 maio 2015.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Processo-Crime. 70000544411/RS, Rel. Ministro Gaspar Marques Batista, Quarta Câmara Criminal, julgado em 30/06/2005, DJ 22/08/2005, p.21. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_acordaos.php?Numero\\_Processo=70000544411](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70000544411)>. Acesso em: 05 maio 2015.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. Apelação Criminal, ACR 50440 DF 1998.01.00.050440-0, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Primeira Turma, julgado em 26/03/2007, DJ 20/04/2007, p. 22. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2212133/apelacao-criminal-acr-50440-df-19980100050440-0>>. Acesso em: 18 maio 2015.

CARVALHO, José Murilo de. Passado, presente e futuro da corrupção brasileira. In: AVRITZER, I.; BIGNOTTO, N.; GUIMARÃES, J.; STARLING, H.M.M.; (Org.) *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Corrupção na História do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial. In: DEBBIO, A.D.; MAEDA, B.C.; AYRES, C. H. S.; (orgs.). *Temas de Anticorrupção & Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

DOMINGUES, José Maurício. Patrimonialismo e Neopatrimonialismo. In: AVRITZER, I.; BIGNOTTO, N.; GUIMARÃES, J.; STARLING, H.M.M. (Org.) *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, 1991.

FIGUEIREDO, Luciano Raposo. A corrupção no Brasil Colônia. In: AVRITZER, I. BIGNOTTO, N.; GUIMARÃES, J.; STARLING, H.M.M.; (org.) *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

FILGUEIRAS, Fernando. Interesses. In: AVRITZER, I.; BIGNOTTO, N.; GUIMARÃES, J.; STARLING, H.M.M. (org.) *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 7. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

\_\_\_\_\_. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

KAERCHER, Jonathan Augustus Kellermann. *Patologias corruptivas e a sua relação com as instituições democráticas*. 2014, Monografia. (Curso de Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2014.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção – Incluindo a Lei Anticorrupção*. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 7. ed. Niterói RJ: Impetus, 2013.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012.

MENDES, Denise Nogueira Magri. *Fraudes em Licitação*. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,fraudes-em-licitacao,47826.html>>. Acesso em:

MOURÃO, L.; COUTO, D.U.C. A fiscalização dos processos licitatórios na administração pública. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Jan./fev./mar. 2011, v. 78, n. 1, ano XXVIX.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de responsabilidade dos prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2009.

PETRELUZZI, M. V.; JUNIOR RIZEK, R. N.. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo, Saraiva, 2014.

SANTANA, Adalberto Santos. *Fraudes em licitações e contratos administrativos*. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,fraudes-em-licitacoes-e-contratos-administrativos,44445.html>>. Acesso em: 05 maio 2015.

SILVA, Jorge da. *Criminologia Crítica – Segurança Pública e Polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.