

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO *MODUS OPERANDI* DO CRIME ORGANIZADO NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS^I

ADMINISTRATIVA IMPROBITY AS *MODUS OPERANDI* OF ORGANIZED CRIME IN BIDDING PROCESSES

Aline Raquel Leda Pinheiro^{II}

Giovana Santos Maia^{III}

Deborah Vieira Freire^{IV}

RESUMO

Com a deflagração da operação lava-jato, que revelou grandioso esquema de corrupção e lavagem de dinheiro por parte de agentes públicos e empresas privadas no âmbito do Poder Executivo Federal, o tema sobre crimes contra a administração pública tornou-se ainda mais pertinente de estudo. Equidistante a esse acontecimento macro, o estudo em exposição desvela outra modalidade de crime que guarda semelhança com aqueles, porquanto tem-se os mesmos sujeitos e o mesmo produto do crime, entretanto, em circunstâncias díspares, e mormente praticado na esfera municipal, que são os crimes licitatórios. Nesse ínterim, o presente trabalho tem por escopo demonstrar a intercorrência desses delitos, bem como analisar infiltração de organizações criminosas no domínio público para fraudar processos licitatórios e obter vantagem ilícita.

Palavras-chave: Administração Pública. Agente Público. Crime Licitatório.

ABSTRACT

With the outbreak of the car wash operation, which revealed a grand corruption and money laundering scheme by public agents and private companies within the Federal Executive Branch, the topic on crimes against public administration has become even more pertinent of study. Equidistant to this macro event, the study on display unveils another form of crime that bears similarity to those, because the same subjects and the same proceeds of crime are related, however, in disparate circumstances, and mormente practiced in the municipal sphere, which are bidding crimes. In the meantime, the present work aims to demonstrate the intercurrency of these crimes, as well as to analyze infiltration of criminal organizations in the public domain to defraud bidding processes and obtain illicit advantage.

Keywords-key: Public Administration. Public Agent. Bidding Crime.

Data de Aprovação: 28/11/2019

^I Artigo apresentado como requisito parcial para a conclusão do curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR. Ano 2019.

^{II} Acadêmica do curso Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR. E-mail: pinheiroaline749@gmail.com.

^{III} Acadêmica do curso Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR. E-mail: giovanakwy@gmail.com.

^{IV} Docente da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR. E-mail: Deborah.freire@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, singularmente conhecida como constituição cidadã, solidificou as bases do Estado Democrático de Direito, estabelecendo como um de seus pilares o princípio da separação dos poderes, que funciona atualmente em vários outros países tendo sido há muito idealizado por Platão^V e posteriormente aprimorado por diversos outros filósofos de notoriedade, atribuindo-se destaque a *Montesquieu*^{VI}, que incorporou a teoria ao constitucionalismo e estabeleceu o sistema de freios e contrapesos.

Por essa premissa, o Estado fora dividido em três poderes, sendo eles o Legislativo, Executivo e Judiciário, tendo o primeiro o condão primordial de legislar, ou seja, ditar as normas que regem o ordenamento pátrio; o segundo, a função típica de executar a legislação; ficando ao último o encargo da atuação jurisdicional, ou como melhor é conhecida, a função fiscalizadora. Apesar de cada um deter atribuição específica, todos possuem como objeto principal a efetivação do Estado Democrático, com vistas a atender em todos os aspectos aos fins sociais.

Nesse sentido, importa salientar a colocação do grande Doutrinador Miguel Reale:

O direito surge fora do Estado, cabendo ao Estado,[...], tão somente prestar o serviço público de defender aquilo que a sociedade em determinados momentos considera essencial ao viver comum, pois o Estado não é senão um corpo de funcionários, um de cujas funções consiste em atuar e proteger aquelas normas que a massa dos espíritos deseja que sejam obedecidas como jurídicas (REALE Miguel, Pág. 433, Filosofia do Direito, 20ª Ed.)

Em que pese a finalidade de atender os interesses sociais ser encargo dos três poderes, ao Poder Executivo pertence obrigação de suma importância, dado que a ele compete gerir os recursos públicos e materializar os direitos descritos na Carta Magna e em outras demais legislações. Em outras palavras, a ele cabe desempenhar a atividade estatal, administrando os recursos e convertendo-os em serviços públicos para a sociedade em geral e, por esta razão, possui a nomenclatura de Administração Pública.

Trata-se, portanto, de instituto essencial ao desenvolvimento do país, de modo que sua atuação deve ser voltada para o interesse público, com a observância dos princípios constitucionais e administrativos, bem como das regras constitucionais e infraconstitucionais que regem o ordenamento jurídico pátrio.

^V Obra “A República”.

^{VI} Obra “Espírito das leis”, 1.748.

Muito embora a Administração pública seja detentora de deveres de ampla seriedade, é cediço que suas atividades nem sempre estão de acordo com os parâmetros legais, o que afeta diretamente a sociedade a quem sua atuação se destina.

Não muito longínquo, pôde-se perceber, com maior lucidez, a causa da má gestão dos recursos públicos, quando se revelou a corrupção que culminou no *impeachment* do presidente à época, Fernando Collor de Melo.

Após a queda de Melo, abriram-se os “olhos” para a prática de crimes por parte dos gestores da coisa pública envolvendo vultosos desvios de dinheiro público. Posteriormente, anos mais tarde, deflagrou-se a operação lava-jato, donde tornaram-se públicos os diversos crimes cometidos por agentes públicos no exercício de suas funções, inclusive com a constatação da infiltração de organizações criminosas no âmbito do poder público.

Atualmente, o quadro político-econômico encontra-se demasiadamente instável, em virtude dos fatores acima citados, sobretudo pela generalização de crimes cometidos contra a administração pública em todos os aspectos, tendo-se como fatores incidentes os inúmeros casos em que há execução inadequada de obras e serviços públicos prestados à comunidade, os quais são frutos de irregularidades concebidas pelo poder público através de contratações fraudulentas.

Diante dos problemas acima elencados, constata-se que uma das causas que corroboram o *status* insatisfatório do serviço público, configura-se pela delegação de competência por meio de licitações.

Nesse contexto, o presente trabalho analisa um dos meios pelo qual há a ocorrência de uma gama de crimes envolvendo a participação agentes públicos e organizações criminosas, na esfera da Administração Pública municipal, que é o processo licitatório.

O tema em questão se mostra significativo, na medida que aborda a infiltração das organizações criminosas no âmbito do poder público, de modo a utilizar o agente público como meio para fraudar certames licitatórios, e conseguir celebrar contratos para prestação de serviços públicos, bem como se faz necessário devido ao conjunto de crimes que incidem de maneira negativa sobre a sociedade civil, uma vez que a prestação de serviços almejada acaba por não ser elaborada da forma correta, acarretando em uma má prestação ou em até muitas vezes na não prestação do serviço público

Registre-se, ainda, que em paralelo ao “desserviço” público provocado pelos crimes em voga, os agentes públicos e terceiros envolvidos terminam por obter vantagens indevidas, valendo enfatizar a máxima de que existe um favorecimento de poucos em detrimento de toda uma coletividade.

Deste modo, o presente estudo visa apresentar o cenário no qual, atualmente, alguns gestores públicos, imbuídos não pelo espírito republicano, mas associados a pessoas físicas ou jurídicas diversas, enxergaram na *res pública* uma fonte de renda permanente, através do investimento chamado processo licitatório, dentro do qual são praticados diversos ilícitos, não só na esfera civil e administrativa, num modo de agir semelhante às organizações criminosas, dada a hierarquização, divisão de atribuições, ajustes prévios e manifesto intuito criminoso.

2 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DA MORALIDADE COMO PRINCÍPIO BASILAR E DETERMINANTE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Consoante estatuído no artigo 37 da Constituição Federal^{VII}, a Administração Pública composta pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, deve reger-se através dos princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

Pelo princípio da legalidade cinge-se que todo e qualquer ato praticado pela administração pública deve estar regido em lei. Desse modo, o agente está restrito à letra da lei no seu poderio de atuação, no que se refere às previsões por esta imposta de forma que não pode abster-se, devendo atuar o mais rente de suas disposições.

Já a impessoalidade reside no fato de que a atuação da administração deve ser voltada ao interesse público, de modo que o agente não deve praticar ato administrativo em favor de si ou de terceiros, devendo este se ater ao da finalidade do ato, e qualquer que seja a finalidade sempre estará atrelada de forma certa e inafastada ao interesse do público.

Quanto ao princípio da publicidade, é tido como pressuposto do estado democrático de direito, vez que impõe a divulgação oficial dos atos da Administração Pública, assim sendo, impende ao administrador o estrito dever de transparência em sua atuação.

O princípio da eficiência impõe um modelo de administração pública gerencial voltada para o controle de resultados, como um modelo de boa gestão, com vistas a disponibilizar mais serviços utilizando menos recursos. Contudo, o enfoque do estudo será no princípio da moralidade, em razão da sua primazia determinante à observância dos demais princípios vertidos tanto na CRFB/88 quanto na legislação esparsa pertinente ao tema.

^{VII} CF/88. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

Pois bem, a moralidade administrativa está intimamente ligada ao sujeito que administra a coisa pública, ou que exerce qualquer função pública, seja em caráter transitório, seja por meio de investidura em cargo ou função para tanto.

Por este princípio, entende-se que o indivíduo que exerce função pública deve velar pela moral, pela boa fé, pela probidade, de modo que sua conduta deve sempre respeitar esses aspectos quando do trato com a coisa pública. Vejamos o conceito atribuído por José dos Santos Carvalho filho:

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto e desonesto (Manual de direito Administrativo, Pág. 22)

Conforme pontuado pelo ilustríssimo doutrinador, a análise dos critérios de conveniência e oportunidade impõe a racionalização do que é probo, e isto, impende ao administrador estrito dever de observância ao princípio ora exposto, bem como rechaça a ideia introjetada acerca do óbice ao controle jurisdicional destes parâmetros.

Leciona, ainda, acerca da relação entre os princípios da Moralidade e da Legalidade, destacando que a violação à moralidade por meio da conduta improba, por si só, acarreta a violação ao princípio da legalidade. “[...] embora o conteúdo da moralidade seja diverso do da legalidade, o fato é que aquele está normalmente associado a este. Em algumas ocasiões, a imoralidade consistirá na ofensa direta a lei e aí violará, *ipso facto*, o princípio da legalidade”^{VIII}.

Assim, afere-se que, no âmbito da administração pública todo aquele que estiver no exercício da função pública, possui o dever legal de praticar os atos que lhe são incumbidos com probidade, ética e moral. Há que se observar que não é difícil agir acordo com o princípio em comento, tendo vista que *no “plano da conduta moral o homem tende a ser o legislador de si mesmo”*^{IX}.

Do mesmo modo, pode-se afirmar que ao violar quaisquer dos princípios administrativos, sejam aqueles insculpidos na Lei maior ou na legislação infraconstitucional, o administrador automaticamente infringirá também o princípio da moralidade, uma vez que não há como destituir a prática do ato ilegal à do ato imoral.

Portanto, a moralidade administrativa é empregada em tópico específico em virtude de ser fator crucial à consecução dos atos administrativos, sendo a sua inobservância fato gerador

^{VIII} José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, pág.22.

^{IX} Miguel Reale, livro Filosofia do Direito, pág. 385

de crimes contra administração pública, principalmente no que tange aos crimes envolvendo processos licitatórios, que é o objeto de estudo em tela.

Nesse contexto, tem-se que a partir do momento em que o administrador atua de forma improba, acaba por violar o princípio da moralidade, bem como a depender do caso concreto, pode infringir outros princípios, ou até mesmo outras disposições legais cogentes à administração pública.

Desse modo, quando há transgressão da norma legal e do princípios que regem a Administração pública, há a improbidade administrativa, que, em sentido *latu sensu*, significa imoralidade, desonestidade, mas como bem pontua Cármen Lúcia Antunes Rocha, a probidade administrativa “ conta com um fundamento não apenas moral genérico, mas com a base de moral jurídica, vale dizer, planta-se ela nos princípios gerais do direito”^X.

Nesse sentido, pode-se inferir que a moralidade (probidade) administrativa, sinaliza-se como sendo requisito básico intrínseco à atuação administrativa, de modo que todo e qualquer agente público deve portar-se de acordo com a moral genérica e jurídica estabelecidas no bojo da Lei Maior e da legislação própria pertinente ao tema^{XI}, sob pena de incorrer na prática de improbidade administrativa e poder sofrer responsabilização nas searas cível e criminal, consoante dispõe o §4º, artigo 37, da Carta Constitucional^{XII}.

3 DO PROCESSO E DOS CRIMES LICITATÓRIOS ENVOLVENDO ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Conforme já apresentado, a Administração Pública é composta por órgãos e pessoas investidas com poderes para realizar serviços públicos, são os chamados servidores e agentes públicos, e tem sua atividade voltada ao interesse público. Entretanto, para efetivar boa parte de suas atividades, precisa valer-se de bens e serviços fornecidos por terceiros.

Assim sendo, prevê a constituição em seu artigo 37, inciso XXI, e 175, que todas as obras, serviços, compras e alienações deverão ser precedidas de licitação pública^{XIII}. Logo, para

^X ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Improbidade Administrativa e finanças públicas. Boletim de Direito Administrativo, dez. 2000, p 920.

^{XI} Lei 8.429/1992;

^{XII} CF. Art. 37, § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

^{XIII} CF. 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 as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

CF. Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

materializar e estabelecer regras gerais sobre o procedimento licitatório, bem como garantir as vantagens nas tratativas com os particulares mediante a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, em respeito à isonomia, e com vistas ao desenvolvimento nacional sustentável, foi criada a lei de licitações, qual seja, a lei nº 8.666/93.

Ademais, para consubstanciar a proposição e assegurar a lisura nos processos licitatórios, cinge-se o princípio da obrigatoriedade nos certames licitatórios, o qual traz a premissa de que todos os entes da administração pública direta ou indireta devem licitar, a fim de obter/prestar serviços, obras, alienar, comprar, e ainda permitir serviços públicos, ressalvadas as situações em que se dispensa o processo licitatório, bem como institui o dever de obediência ao certame licitatório.

Como se depreende, a lei de licitações é bastante densa e minuciosa, pois emprega detalhadamente as situações em que se poderá ou deverá realizar processo licitatório para aferição de bens e/ou serviços, assim como assinala todas as diretrizes e formas em que se conduzirá o procedimento licitatório. Outro fator de importante destaque, é que a referida lei determina as regras gerais de licitação, podendo os estados e municípios constituírem legislação própria sobre o assunto, é claro, com a observância da 8.666/93.

Apesar do rígido regramento, através dos certames há uma grande concentração de crimes, com ocorrência predominante no âmbito municipal em virtude do elevado número de municípios, da insuficiência e incapacidade técnica dos órgãos de controle bem como da falta de transparência, que facilitam a consecução criminosa com o consequente desvio de recursos públicos, sendo este o meio em que se concentra grande parte da atuação de organizações criminosas.

Em que pese a corrupção ser o tipo de crime contra a administração pública com maior notoriedade atualmente em razão dos esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro trazidos a público com a operação lava-jato, a temática ora abordada mesmo que conhecida em menor proporção, consiste em tipo de crime que implica, principalmente no âmbito das comunidades locais (municipalidades), o desvio de recurso público por meio da destinação indevida a entidades que não oferecem serviços/e ou produtos na forma do contrato, conforme será exposto.

3.1 Da organização criminosa e sua inserção no poder público municipal

Ab initio, é importante entender o conceito de organização criminosa, posto que existe uma linha tênue entre este e a definição de associação criminosa, sendo de suma relevância para o estudo compreender também essa distinção.

Após anos sem a legislação brasileira conceituar tal atividade, a lei nº 12.850/2013 preencheu essa lacuna e caracterizou organização criminosa como sendo “uma associação de quatro ou mais pessoas, estruturalmente ordenada, e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 anos, ou que sejam em caráter transnacional”^{XIV}.

Já o Código Penal conceitua associação criminosa como “associação de 03 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”^{XV}.

Note-se que a diferença entre os dois tipos penais se encontra no número mínimo de integrantes, e na definição mais precisa de “organização” para a finalidade da conduta ilícita. Apesar de parecer simples, é hermética a definição material de organização criminosa, uma vez que para caracterizar tal prática é preciso um conjunto probatório amplo por parte das entidades fiscalizadoras, bem como é evidente que ambas as condutas em destaque podem se coadunar.

Pode-se usar como exemplo uma associação de três pessoas que desenvolva de forma ordenada e estrutural tarefas para obtenção de vantagem mediante a prática de crimes com pena superior a 04 (quatro) anos, tal como pode se ter um conjunto de 4 indivíduos que se unam para praticar crimes.

Absorvida a disposição sobre os tipos penais que se faz pertinente em razão da existência de ambas no cenário do poder público, tendo suas atividades ilícitas voltadas aos processos licitatórios, a análise será do ponto de vista da organização criminosa porquanto ser crime mais gravoso aos “olhos” do legislador que estabeleceu penalidade mais rígida ao tipo.

Consoante anteriormente explanado, como a administração pública por si só é incapaz de fornecer todos os serviços e bens para a sociedade, é efetuado um processo para a seleção e contratação desses bens/serviços a serem executados por terceiros. É através desse processo que ocorre a atuação de organizações criminosas, no sentido de fraudar os certames, e obter, assim, vantagem indevida.

O procedimento licitatório segue ritos específicos, de acordo com o objeto da licitação, e é, no todo, ordenado e capitaneado por agentes públicos. Logo, para que haja fraude no certame, é imprescindível a atuação do agente público.

É nesse contexto que a organização criminosa se infiltra no poder público, ludibriando o agente público, oferecendo vantagens e afins. São apresentadas, nesse momento, as várias brechas possíveis para o desvio do curso dos fundos públicos, cuja destinação se volta para

^{XIV} Lei 12.850/2013, Art. 1º, §1º.

^{XV} Código Penal, Art. 288.

sentido diametralmente oposto ao atendimento das finalidades públicas. Além disso, a organização criminosa se utiliza da formação de carteis, envolvendo outras empresas prestadoras de bens/serviços para a consecução de fraudes em licitações.

Urge salientar outro ponto fundamental para a caracterização da organização criminosa no contexto em espécie, que são os crimes licitatórios praticados.

Ao se analisar a lei 8.666/93, denota-se que os crimes licitatórios ali insculpidos, em sua maioria, possuem pena máxima de 02 (dois) anos, sendo todas, até mesmo as de pena maior, tipificadas na espécie de detenção^{XVI}

A priori, tem-se a noção de que a norma impõe penas brandas, mesmo aquelas em que seu máximo é igual ou excede 04 (quatro) anos^{XVII}, entretanto, não se pode olvidar que as

^{XVI} Lei 8.666/1993: 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;

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;

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;

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;

^{XVII} Lei 8.666/93: Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

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

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

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;

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;

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;

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;

tipificações contidas como crime nos dispositivos, são de todo semelhantes, bem como que, geralmente a obtenção de sucesso na fraude exige, necessariamente, a prática de mais de um dos crimes elencados na lei.

Nesse plano, ao praticar o ilícito licitatório, o agente público, bem como os demais envolvidos cometem uma pluralidade de crimes dessa espécie, posto que as condutas perpetradas acabam por “linkar” mais de um dispositivo incriminador. Nesse sentido, é válido afirmar que os crimes licitatórios constituem uma espécie de litisconsórcio necessário, onde, a título de exemplo, ao se realizar conduta “A” tipificada como ilegal no dispositivo 1, automaticamente haverá a prática do ilícito “B”, tipificado no dispositivo 2, ou seja, para praticar determinado crime, necessariamente o agente/ os agentes, cometem outros crimes de natureza licitatória.

Nessa perspectiva o Superior Tribunal de Justiça firmou tese em que afirma a possibilidade de concurso de crimes quando há a fraude no caráter competitivo do procedimento licitatório (art. 90, da lei 8.666/93) cumulada com a fraude na licitação mediante elevação arbitrária de preços (art. 96, I, da lei 8.666/93)^{XVIII}.

Posto isto, verifica-se a existência de concurso de crimes necessário que pode ser tanto material como formal, havendo, portanto, cumulação de penas, ou no último caso o aumento de 1/6 a 1/2^{XIX}.

Imprescindível ilustrar, também, que a possibilidade acima apresentada não se restringe somente aos delitos tipificados na lei de licitações, sendo potencialmente contingente a incidência de outros crimes como os de corrupção passiva, prevaricação, violação de sigilo funcional, violação de proposta, extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento na prática dos ilícitos licitatórios pelas Organizações criminosas.

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.

^{XVIII} BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1315619 / RJ RECURSO ESPECIAL 2012/0072990-3.

Relator Ministro Campos Marques. Rio de Janeiro, 15 de agosto de 2013.

^{XIX} Código Penal: Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela;

§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código;

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

3.2 Da conduta concorrente entre a prática do ato de improbidade e a atuação na organização criminosa na seara das licitações

Para iniciar o assunto a ser vertido neste item, insta, inicialmente, destacar o ensinamento do nobre doutrinador Waldo Fazzio Júnior quando bem pontua que “o universo das licitações é, precisamente, o sítio onde proliferam as mais lesivas práticas ímprobas e são sonogados, rotineiramente, os princípios constitucionais da Administração”^{XX}.

Ao analisar a conduta do agente público/ servidor público no contexto licitatório, o mencionado autor concluiu ser este um campo com maior sucessão de atos lesivos à administração pública e à Carta Maior, donde se pode interpretar que a atuação daqueles são elementares ao dano causado pelos crimes licitatórios.

A partir desse ponto infere-se que a participação do servidor público/ agente público é crucial ao desenvolvimento dos crimes, e, por este motivo se mostra como componente essencial ao *modus operandi* de organizações criminosas na prática de crimes licitatórios. Mas até que ponto a conduta do agente público é qualificada somente como ímproba ou ilegal? Afinal, ele se enquadra ou não como partícipe da organização criminosa?

Para responder tais perguntas, deve-se conjecturar a atuação do servidor/ agente públicos sob dois aspectos, quais sejam: 1. A ligação deste com organizações criminosas externas; 2. A possibilidade de a organização criminosa se originar dentro do próprio poder público.

Seguindo pelo primeiro ponto, o artigo 2º da lei 12.850^{XXI} estabelece as condutas que, vinculadas aos requisitos dispostos no artigo 1º da referida lei, definem o sujeito ativo da organização criminosa. Por força do dispositivo julga-se que qualquer pessoa, desde que caracterizada a união a 3 ou mais pessoas, pode praticar delito de organização criminosa, seja esta quem promova, financie, constitua ou integre a organização.

Assim, o agente público/ servidor público, ao perpetrar conduta omissiva ou comissiva consciente para fraudar certames licitatórios em favor de terceiros, sendo-lhe destinado benefício para tanto, caso o terceiro se amolde na tipificação dos artigos supramencionados, volve-se aquele como integrante da organização criminosa, pois, restarão caracterizados todos os elementos que consubstanciam o delitivo.

^{XX} JÚNIOR, Waldo Fazzio. Improbidade Administrativa. Editora Atlas S.A.2012, Pág. 254.

^{XXI} Lei 12.850/13Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Ainda, a própria legislação em voga cuidou de alinhar a participação do agente público em concurso, como sendo causa de aumento de pena ^{XXII}, reconhecendo, deste modo, que a participação deste torna ainda mais grave a conduta. Estabelece, também, que presentes os indícios que evidenciem a participação do agente público/servidor público em organização criminosa, poderá haver o afastamento cautelar de seu cargo, emprego ou função ^{XXIII}.

Por outro lado, delineando o segundo ponto, ao avaliar a parte do conceito aplicado à existência de organização criminosa tendo como condição *si ne qua non*, a estruturação de pessoas em cadeia hierárquica com divisões de atividades voltadas à aquisição de vantagens indevidas, há deveras uma percepção de que pode tanto haver a infiltração de organizações criminosas externas no seio da Administração Pública, como também há a possibilidade de uma organização criminosa se originar dentro do próprio poder público.

Destaque-se que para a consecução dos procedimentos licitatórios é criada uma comissão composta por servidores públicos, bem como é escolhido um servidor público responsável por dirigir todas as etapas do processo conjuntamente com a comissão.

Nesse sentido, não se pode olvidar que o agente público, imbuído na vontade de auferir lucros ilícitos, pode constituir organização criminosa nomeando os servidores responsáveis pelo setor de licitações, ordenando-lhes tarefas no sentido de cooptar empresas de terceiros ou até das quais faça parte ou seja proprietário, de modo indireto, é claro, para a prática de crimes licitatórios com o fim específico de desviar dinheiro público.

Isto posto, bem cabe parafrasear o ilustríssimo Waldo Fazzio Júnior quando aponta que: “não há qualquer estorvo, a que outros agentes públicos, notadamente de hierarquia superior, influenciem o procedimento e, como coautores diretos ou autores mediatos, cometam alguns desses crimes e atos de improbidade”.

Assim, para que o agente / servidor público figure como parte em organização criminosa, basta tão somente a intenção de auferir vantagem indevida, concatenada à prossecução de atos manipulem os procedimentos licitatórios em favor de terceiros que atuem como organização criminosa, podendo, inclusive, esta, advir da própria Administração Pública local.

^{XXII} Lei 12.850. Art. 2º: § 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços): (...)II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

^{XXIII} § 5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

Ressalte-se, ainda, que em ambas as situações, o chefe do poder executivo (prefeito) possui ciência dos atos produzidos no seguimento do feito licitatório. Entretanto, faz-se o desuso do poder de autotutela administrativa para que se logre êxito na conduta delitiva.

Dessarte, sabendo-se que a participação do agente público/ servidor público é determinante a praxis criminosa no conjunto licitatório, bem como da existência de organizações criminosas no seio da administração pública ou infiltrada nela por meio de agente (s) público (s)/ servidor (es) público (s), faz-se pertinente a apreciação dos métodos empregados nas fraudes de certames licitatórios.

3.3 Dos meios utilizados para fraudar licitações

Para que haja abertura de qualquer processo licitatório, a Administração Pública, previamente, verifica a necessidade de contratar, determina o objeto a ser licitado e confere se há recurso orçamentário para o feito. Após, passa-se à avaliação pelo corpo de procuradores jurídicos do município licitante, na qual são verificadas questões atinentes à legalidade e à viabilidade de abertura do referido processo.

Deste modo, havendo a emissão de parecer positivo, passa-se a fase de abertura do processo licitatório, que é elaborado por uma comissão composta por servidores públicos, bem como por 1 (um) servidor público nomeado como responsável para presidir as sessões de licitações, sendo estes, responsáveis por iniciar, dar prosseguimento e findar todos os processos licitatórios.

Na fase inicial, para abertura do referido procedimento, a partir da análise do objeto define-se qual a modalidade deverá proceder a licitação, ressalte-se que existem 05 (cinco) modalidades de licitação, quais sejam, a concorrência, a tomada de preços, o convite, o leilão e o concurso, sendo as três primeiras as que interessam para estudo em tela. dado que possuem como objeto a contratação de obras, de serviços e de fornecimento.

As modalidades concorrência, tomada de preços e convite possuem algumas especificidades: a primeira deve ser utilizada para contratações cujos valores ultrapassam a soma de R\$ 3,3 milhões para obras e serviços de engenharia e 1,43 milhões para demais compras e serviços, e, em virtude dos vultosos valores apresenta procedimento mais rigoroso impondo a ampla divulgação de seus respectivos atos.

Já a tomada de preços é a modalidade destinada às contratações cujos valores excedem R\$ 330 mil até o teto de R\$ 3,3 milhões para obras e serviços de engenharia acima de R\$ 176 mil até o limite de R\$ 1,43 milhões para demais compras e serviços, sendo estas consideradas

contratações de médio vulto e desta forma possui menos rigor ao formalismo se em comparação com a concorrência.

Por fim, o convite é visto como modalidade mais simples, cujo procedimento exige menos formalidades, e os valores abarcados por esta modalidade perfazem até o limite de R\$ 330 mil para obras e serviços de engenharia e até R\$ 176 mil para as demais compras e serviços.^{XXIV}.

Findas as considerações iniciais essenciais, note-se que os montantes que perfazem as contratações com o poder público constituem grandes valores, sendo justamente esse fator o determinante à prática de crimes de natureza licitatória.

Evidencie-se que embora cada modalidade assinalada possua peculiaridades em seu procedimento, as organizações criminosas conjuntamente com o agente público atuam minuciosamente para promover fraudes nas licitações, com vistas a locupletar-se ilicitamente do dinheiro público, desencadeando, assim, uma série de condutas e atos lesivos aos procedimentos licitatórios, e conseqüentemente ao patrimônio público.

Ademais, consoante mencionado, quanto maior o valor da contratação maior o rigor ao formalismo, tangendo-se a conclusão que “o *modus procedendi* do convite, sem a menor dúvida, rende maior ensejo a atos de improbidade de alguns maus administradores^{XXV}”. Todavia, não se pode omitir que os demais procedimentos também são sujeitos à conduta improba para consecução da ilicitude em favor de organizações criminosas.

Acerca do procedimento propriamente dito, há uma subdivisão em fases, sendo estas:

1. Formalização, que consiste na instauração do procedimento administrativo licitatório com definição do objeto, previsão orçamentária, autorização para o certame e escolha da comissão de licitação;

2. Edital, que se resume na exposição clara e objetiva de todas as regras pertinentes ao procedimento, bem como mostra-se como instrumento convocatório, sendo o principal meio de dar publicidade ao processo licitatório, salvo nos casos em que a licitação seja na modalidade convite;

3. Habilitação, é fase em que são analisadas as condições das empresas licitantes, ou seja, se estas preenchem os requisitos trazidos no edital, bem com aqueles obrigatórios estabelecidos pela lei 8666/93, passando ao julgamento da habilitação;

^{XXIV} Considerações doutrinárias feitas partir da leitura do livro: Manual de Direito Administrativo. Editora Atlas. 32ª edição. Pág. 285. José dos Santos Carvalho Filho;

^{XXV} FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. Editora Atlas. 32ª edição, Pág. 287;

4. Julgamento das propostas, que representa a fase em há a seleção da proposta mais vantajosa para administração pública, com a devida observância a razoabilidade dos preços e a conformidade das propostas com as especificações do edital, procedendo ao resultado da licitação com a escolha do vencedor;

5. Homologação e Adjudicação, que se traduz na decisão por parte do chefe do poder executivo municipal, após avaliação de praxe do procedimento concluso a ele remetido, pela confirmação da validade do referido, autorizando a sua homologação. Feita a homologação, passa-se à adjudicação do objeto licitado, ou seja, a celebração de contrato entre a Administração Pública e o vencedor da licitação.^{XXVI}

Exposto o arcabouço licitatório, desenvolve-se, nesse ínterim, as circunstâncias e os meios que são operados na prática dos ilícitos licitatórios pelo agente público e por terceiros envolvidos no arranjo criminoso, sendo importante assinalar inicialmente que “as fraudes em licitação podem assumir diversas formas, em geral, para direcionar a contratação, restringir a competição, simular o processo, tendo-se como objetivo final a maximização dos lucros dos envolvidos”^{XXVII}.

Nessa perspectiva, importante ressaltar que a atuação de organizações criminosas em ambas as proposituras anteriormente exibidas, estabelecem de forma prévia e ordenada a prossecução da atividade delitiva, de modo que a fraude poderá irromper sob múltiplos meios.

Deste modo, verifica-se, primeiramente, que o agente público/ servidor público, para perpetrar ação criminosa pode valer-se do edital, formulando cláusulas que restrinjam o caráter competitivo do respectivo procedimento licitatório como, por exemplo, estabelecer o detalhamento sobejado do objeto, de modo que sobrevenha certo direcionamento a determinado concorrente, ou simplesmente não o especificar corretamente, tornando, assim, dúbia a definição concreta do objeto.

Cita-se como exemplo fático a situação em que prefeitura de Fortaleza - CE teve que anular licitação por direcionamento do edital, em virtude de nele conter exigências que somente poderiam ser cumpridas por determinada empresa, sendo esta, a vencedora do certame^{XXVIII}. Como também o caso em que o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso ordenou a suspensão de licitação da prefeitura de Cuiabá avaliada em 18,9 milhões por identificar indícios

^{XXVI} Considerações doutrinárias feitas partir da leitura do livro: Manual de Direito Administrativo. Editora Atlas. 32ª edição. Páginas 290/306. José dos Santos Carvalho Filho;

^{XXVII} SANTOS, Franklin Brasil e SOUZA, Kleberon Roberto de. Como combater a corrupção em licitações. Pág.35. Editora Fórum, 2ª edição.

^{XXVIII} <https://diariodotransporte.com.br/2013/02/06/direcionamento-de-edital-faz-prefeitura-de-fortaleza-anular-licitacao/>;

de direcionamento do certame em virtude de especificações contidas no edital que limitavam a participação de empresas^{XXIX}.

Dentre os aspectos afetos ao edital tem-se também como cláusulas que cerceiam o caráter competitivo da licitação condições como qualificação econômico-financeira elevada, declaração de idoneidade financeira ou bancária, certificados de qualidade como requisito de habilitação no certame, alvará de funcionamento no município licitante, visitas técnicas restritivas com prazos ínfimos, dentre muitas outras. Veja-se que todas as situações descritas não possuem previsão legal, sendo, portanto, requisições irregulares, bem como são dotadas caráter delimitativo.

Outro fator hegemônico a caracterização de burla ao certame é a restrição da publicidade do processo licitatório, posto que o agente público/servidor público não promove a veiculação adequada do edital, ou até mesmo dificulta o acesso ao este, com vistas a impedir o acesso amplo a todos que possam eventualmente se interessar.

Relativamente à conduta do (s) agente(s) público(s)/ servidor(es) público(s) no ilícito licitatório há a sua participação direta na fase julgamento, sendo a conduta perpetrada voltada a simulação de atos e fatos do procedimento, direcionando os resultados e frustrando o caráter competitivo da licitação, o que denota a intenção dolosa realização da ilegalidade.

Agregue-se a isto os diversos outros meios e instrumentos empregados também pelos licitantes, e, no caso em tela, pelos componentes de organizações criminosas para a defraudação das licitações, das quais faz-se relevante mencionar a criação de empresas fantasmas para participação ficta nos certames, com vistas a ludibriar a competitividade do feito; a apresentação de documentos falsos pelas empresas concorrentes, dentre outras práticas.

Some-se aos coeficientes supratranscritos a atividade corriqueira de cartelização, que muito embora seja prática vedada em lei específica^{XXX}, é um dos modos mais usuais à manipulação de licitações, sendo que através desse meio há uma combinação prévia entre as empresas concorrentes, havendo ajustes de preços comumente em percentuais mais elevados, o que termina por ludibriar a Administração pública, mostrando-se como uma espécie de simulação de competitividade.

Nesse sentido, vale salientar que “cartéis são particularmente comuns em licitações prejudicando os esforços do poder público em utilizar adequadamente os recursos em benefício

^{XXIX} <https://boselli.com.br/09-02-2019-tce-suspende-licitacao-de-r-189-milhoes-da-prefeitura-de-cuiaba-para-o-fornecimento-de-combustivel/>

^{XXX} Artigo 36 da lei 12.529/2011

da sociedade, ao favorecer irregularmente empresas que, por meio de acordo entre si, fraudam o caráter competitivo dos certames”^{xxxI}

Deste modo, a cartelização desvela verdadeiro óbice ao caráter competitivo, uma vez que mediante esse conluio, há um assenhoramento das licitações locais por parte das empresas participantes, bem como há enriquecimento ilícito, em virtude da elevação de preços dos bens e serviços ofertados superior aos valores padrões do mercado.

Assevere-se que as situações ora listadas não esgotam o rol de instrumentos e meios empregados na prossecução delitiva por parte de agente(s) público(s)/servidor(es) público(s) e organizações criminosas, para fraudar licitações. Outrossim, relevante observar que todas as condutas descritas importam em responsabilização de quem quer que dê causa, consoante será argumentado a seguir.

3.4 Da responsabilização dos agentes causadores do dano

Dentro do contexto acima exposto, a partir do conhecimento da conduta improba na seara licitatória, instaura-se um procedimento para verificação do fato e, posteriormente, restando caracterizados delitos contra a Administração Pública, o agente público e seus equiparados respondem simultaneamente por improbidade administrativa e crimes contra o erário.

De tal modo, ao realizar a fraude, o agente público/servidor público por incorrer no ato de improbidade administrativa faz *jus* à dupla sanção, pois além das penalidades cíveis e administrativas aplicáveis, responde criminalmente, uma vez que realiza também o tipo penal específico da lei de licitações.

Nesse sentido, não há que se falar na figura do *bis in idem*, posto que a conduta improba gera duplos efeitos jurídicos em esferas díspares. Para consubstanciar tal assertiva, a Carta Magna prevê a possibilidade da responsabilização dúplice.

Partindo-se para o campo das penalidades propriamente ditas, veja-se que as sanções cíveis e administrativas aplicáveis apenas aos agentes/ servidores públicos se encontram elencadas na Constituição Federal e em legislação específica, qual seja, a Lei nº 8.429/92, que mais precisamente em seu artigo 12 insere como sanções a perda de bens ou valores, o ressarcimento do dano ao erário, aplicação de multa, perda da função pública, e proibição de contratar do poder público.

^{xxxI} SANTOS, Franklin Brasil e SOUZA, Kleberon Roberto de. Como combater a corrupção em licitações. Pág.110. Editora Fórum, 2ª edição.

Pela perda de bens ou valores, entende-se o montante acrescido ilicitamente ao patrimônio particular do agente, de modo que, em caso de eventual condenação, haverá a constrição dos bens ou valores no percentual do dano causado. Ademais, a aplicação da referida medida visa alcançar os acréscimos decorrentes do ato de improbidade no que compreende aos valores cooptados não empregados na aquisição de bens, e aos que foram adquiridos com o desvio do dinheiro público, estendendo-se também aos frutos e rendimentos deles provenientes, ainda que incorporados ao bem de família ou que sejam objetos de transferência lícita a terceiros.

Já o ressarcimento integral do dano, abrange todos os bens ou valores que componham o patrimônio do agente, independentemente de serem adquiridos antes da conduta ímproba ou pós esta, até que o patrimônio atinja o valor integral do dano. Nesta senda, restando comprovado prejuízo, ainda que não haja a identificação dos bens ou valores desviados, ou que estes não sejam suficientes para recompor o dano, o patrimônio particular do agente será afetado.

Assim, cabe ainda assinalar, que ambas as sanções acima mencionadas possuem natureza reparatória, e não punitiva, tanto que nas hipóteses de falecimento do agente ímprobo, a obrigação de reparar se sucederá aos próximos na linha de sucessão, até cerceamento da herança. Ainda, em caso de aplicação dessas sanções, admite-se como garantia a decretação de indisponibilidade dos bens, sendo que, uma vez fixada a devida anotação, o agente somente poderá dispor destes após o ressarcimento integral ao erário.

A multa como medida punitiva visa desalentar a atuação de atos que atentem contra a probidade administrativa. No presente caso, a conduta ímproba que acarretar no enriquecimento ilícito poderá incidir até três vezes o valor do acréscimo patrimonial do agente, quando houver prejuízo ao erário a aplicação comportará até duas vezes o valor do dano causado, e quando houver violação aos princípios da administração pública, a multa poderá alcançar até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente público.

Outra sanção aplicável é a perda do cargo ou da função pública, na qual após o devido processo legal, com eventual condenação e trânsito em julgado da referida sentença haverá a extinção da relação jurídica existente entre a entidade administrativa e o agente/servidor público, ressaltando-se que preexiste a possibilidade do afastamento do agente, sem prejuízo de sua remuneração, antes mesmo da condenação para que seja garantida a instrução processual.

Acerca da suspensão dos direitos políticos, há previsão Constitucional para quem comete atos de improbidade administrativa, sendo que os prazos atinentes à suspensão serão de oito a dez anos sobre matéria de enriquecimento ilícito; cinco a oito anos quando houver

prejuízo ao erário; e de três a cinco anos quando a conduta improba atente os princípios da administração pública.

Por fim, com a perda da função pública, insere-se a proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. Para clarificar os motivos que ensejam tal extensão, denota-se que o agente não reúne condições de confiabilidade das que se espera de um contratante, certo que atentou contra o patrimônio público e a moralidade administrativa, vindo a ser condenado por tais práticas e como meio de proteção, se faz benéfico ao poder público a vedação da contratação por qualquer forma.

Desse modo, preocupado com a possibilidade de apenado ocultar-se em sociedades empresariais, pessoas jurídicas, o legislador trouxe a previsão de que será igualmente aplicada à sociedade empresarial, na hipótese em que o improbo seja sócio majoritário, e ainda que este componha a menor parte da sociedade, mas que os sócios majoritários não passam de laranjas ou parentes.

Ainda, a proibição de contratação com o Poder Público ou de recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios por serem gradativas podem se estender até: dez anos na incorreção no art. 9º; cinco anos na do art. 10; e três anos na do art. 11, presentes na lei 8429/91.

Exibidas as sanções cíveis e administrativas aplicáveis aos agentes/ servidores públicos dada a atuação improba *in casu*, pontua-se que cuidam-se de sanções abstratas que incidem sobre a conduta improba seja qual for a finalidade, desde que se encaixem nos dispositivos da lei de improbidade administrativa.

Acerca da responsabilização em âmbito penal, estas se darão nos termos dos crimes cometidos e dispostos na lei de licitações, na lei de organizações criminosas, bem como naqueles tipificados na lei anticorrupção, e no código penal, tanto para os agentes/ servidores públicos, quanto para terceiros envolvidos no esquema fraudulento.

Logo, para aplicação de tais medidas haverá propositura de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa nos termos da lei 8.429/92, cuja condenação se operará no campo cível e administrativo, podendo ser aplicadas cumulativa ou isoladamente, bem como mediante Ações Penais Públicas Incondicionadas, no tocante aos crimes contra Administração Pública elencados no Código Penal, na lei de Licitações 8.666/93 e na lei de Organizações Criminosas.

3.5 Dos reflexos causados pelos crimes licitatórios

Feitas as considerações acerca das da incidência de crimes licitatórios no âmbito do poder público municipal, bem como sobre a sanções aplicáveis aos sujeitos dos crimes, importa salientar os efeitos resultantes das fraudes nos processos licitatórios.

A partir da fraude licitatória, desencadeia-se uma série de fatores em favor do interesse privado em detrimento do bem comum, já que com a fraude se constroem riquezas individuais mediante o desvio do dinheiro público.

Esse descaminho de recursos culmina na inexecução, seja ela total ou parcial, de serviços essenciais à sociedade, concernentes a questões de educação, infraestrutura, saúde e segurança, dentre outros, garantidos no texto constitucional por interface dos direitos humanos que visa promover igualdade social fazendo com que todos possam viver de maneira digna lhes assegurando o mínimo existencial.

Anote-se que a não prestação ou prestação parcial dos serviços pelas entidades contratadas mediante fraude em certames revela-se no superfaturamento nas contratações, nas licitações forjadas ou viciadas, e ainda, contratações de empresas que não possuem capacidade técnica para prestar o serviço, que ao realizar, o faz de forma precária, sobrevivendo em obras inacabadas, que ao serem paralisadas perdem a finalidade emergencial do atendimento público nos serviços essenciais, posto que a espera para que seja realizada uma determinada construção ou uma prestação de serviço a saúde como por exemplo, além de serem frutos da inobservância dos direitos fundamentais no que tange a sua efetivação social, gera empobrecimento da camada social mais necessitada do atendimento público.

Para ampliação do entendimento acerca da demora na prestação de serviços pela fraude em licitação e o e os reflexos do extravio dos valores que deveriam ser repassados à população, por intermédio de serviços públicos, lista-se como exemplo o caso ocorrido no município de Barbacena-Mg, onde o poder público municipal mediante fraude em processo licitatório contratou empresa para construção de unidades básicas de saúde, não tendo esta procedido a execução dos serviços, mesmo havendo o repasse de cerca de 70% do valor total previsto para a construção. Ainda, à vista dessa situação, o município firmou contrato com outra empresa licitante para dar continuidade aos serviços, entretanto ela também seria alvo de investigação por obras inacabadas.^{XXXII}

XXXII

<https://www.otempo.com.br/cidades/policia-federal-investiga-fraudes-em-obras-para-a-saude-em-barbacena-1.2206934>

Insta salientar, que a carga tributária brasileira equipara-se a de primeiro mundo a fim de que possa prover as garantias constitucionalizadas, entretanto, com o desperdício de verbas através da má prestação dos serviços públicos, assimila-se aos serviços prestados no continente africano, fazendo com que haja a perda da credibilidade do Poder Público, uma vez que ao cobrar por serviços e atender de forma desequiparada, ao fazer-se um paralelo de “custo e benefício” da atividade municipal a sociedade estará em desvantagem enquanto houver a presença ambiciosa de organizações criminosas no seio da Administração Pública.

3.6 Dos meios de coibição e óbices encontrados na fiscalização

Exposto o panorama fático relativo aos crimes licitatórios municipais tendo como enfoque ação de organizações criminosas no seio da Administração Pública, faz-se imperioso explanar a respeito dos órgãos de controle e dos instrumentos de fiscalização e combate a essa prática tão contumaz

Primeiramente, urge acentuar, que a própria Administração pública dispõe de poder fiscalizatório, conferido pelo princípio da autotutela materializado na lei do processo administrativo e em súmulas do STF^{XXXIII}.

Pelo referido princípio, a Administração Pública possui autoridade para revisão de seus próprios atos, podendo anulá-los quando neles houver vícios de ilegalidade. Desta acepção, avalia-se que, muito embora as disposições legais introduzam o vocábulo “podem”, transparecendo *a priori*, ser uma faculdade do poder público, trata-se, sim, de um poder-dever, e, portanto, considera-se como norma imperativa.

Além disto, não obstante o caráter cogente da norma, as circunstâncias reais revelam mau grado do administrador na efetivação da autotutela, frente aos seus interesses individuais, comprometendo, assim, a atividade pública municipal.

Ademais, há ainda, órgãos externos de controle, quais sejam, o Ministério Público e os Tribunais de Contas dos Estados -TCE’S, sendo ambos primados na Constituição Federal e instituídos por lei infraconstitucional. Ressalte -se que existe a figura dos tribunais de contas dos municípios, contudo, trata-se de órgão em extinção, visto que sua atribuição há muito é exercida pelos TCE’S.

^{XXXIII} Lei 9.784/99: Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos; Súmula 473/STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial; Súmula 346/ STF: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Aos tribunais de contas dos Estados, cabe precipuamente supervisionar todos os acervos financeiros e contábeis do próprio estado e dos municípios que o constituem. Para tanto, os municípios são obrigados a prestar contas quadrimestralmente ou trienalmente, a depender das disposições estabelecidas pela legislação de cada Estado da Federação.

Assim sendo, ao receber os relatórios contábeis e financeiros das movimentações dos municípios, o órgão procederá a averiguação dos documentos, fazendo um paralelo entre as receitas e despesas. Por conseguinte, sobrevivendo irregularidades, procederá a instauração de processo administrativo para apurar os fatos, respeitados o contraditório e ampla defesa, e, ao final, constatada conduta ilícita bem como o dano ao erário, aplicará multa aos sujeitos ativos do ilícito.

Note-se que a sanção supra é meramente administrativa e atinge somente o agente ordenador do ilícito licitatório, sendo geralmente ínfimos os valores de multa impostos se comparados ao dano existente, acentuando-se, também, que esses valores são fixados pelos Tribunais de Contas de cada Estado da Federação. Desse modo, depreende-se que a referida penalidade não cumpre a sua função educativa, e termina por não reprimir a reiteração da conduta delitiva, bem como é ineficiente em razão de não alcançar os demais sujeitos dos crimes licitatórios.

A fiscalização mais incisiva fica a cargo dos Ministérios Públicos Estaduais, órgãos dotados de poder para exercer o controle da atividade pública municipal quando se fizerem presentes indícios de irregularidades e ilegalidades por parte do ente.

O órgão Ministerial poderá atuar de ofício ou a requerimento de interessados, e no caso em apreço, tomando conhecimento da fraude bem como da atuação de organização criminosa, instaurará o procedimento administrativo cabível para fins de investigação dos fatos, sendo que, a partir desse poderá fazer requisições de documentos, oitivas de testemunhas e/ou pessoas que tenham relação com o caso específico, inspeções *in loco*, dentre outras.

Ademais, o *Parquet* conta com equipe técnica para averiguação de materiais que careçam de cognição específica, ressaltando, em adendo, a importância do referido corpo técnico para aferição das condutas em estudo, pois levando-se em consideração a densidade da lei de licitações que mostra-se como sendo de complexa compreensão, aliada à fraude no certame que usualmente é forjada no âmago das peculiaridades estabelecidas pela mencionada lei, torna-se rijo descobrimento da fraude por quem não detenha conhecimentos exclusivos ao objeto da investigação.

Nessa perspectiva, o Ministério Público procede a análises pormenorizadas, com buscas minuciosas por pistas ou quaisquer vestígios atinentes a ilegalidades do caso, averiguando cada

fase do procedimento licitatório bem como todos os documentos relativos aos concorrentes do certame, encetando um paralelo com o procedimento real e os dispostos nas leis correlatas, quais sejam as leis 8666/93; 10.520/02; 12.462/11 12.529/11.

Muito embora aparente ser trivial, a fiscalização por parte do *Parquet* encontra óbices, pois, consoante exposto, os agentes criminosos mascaram todo o procedimento de modo que o faz parecer legal, tornando dificultosa a instrução probatória. Acresça-se, ainda, a dependência do Órgão Ministerial para obtenção da documentação necessária, pois, ainda que possua atribuição para fiscalização, deve manter atuação comedida.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de todo exposto, resta sobejamente evidente que o cometimento de crimes licitatórios, com a participação de organizações criminosas externas ou oriundas do poder público, juntamente com atuação de agente (s)/servidor (res) públicos, sinaliza-se como sendo um dos fatores preponderantes a ineficiência do funcionalismo público em se tratando da esfera municipal, e a se considerar o números de municípios existentes no território brasileiro, pode-se inferir acertadamente a ineficácia do sistema como um todo.

Denota-se, outrossim, que os meios de fiscalização e combate são exíguos, dado que os campos de atuação dos órgãos de controle se mostram diminutos face a dimensão e a prática reiterada do tipo de crime em análise no âmbito das municipalidades brasileiras. Salienta-se, também, que as referidas instituições são dotadas de outras atribuições além do exame das situações ora apresentadas, o que termina por inviabilizar a concretude na supervisão de todo o arcabouço em temática.

Assim, pode-se afirmar, decerto, que há a perda da idoneidade do funcionalismo público por parte da sociedade, posto que os resultados dos crimes licitatórios na conjuntura exibida incidem diretamente na prestação de serviços à população, interrompendo a credibilidade que nele é depositado para materializar o direito fundamentais versados na Lei maior.

Logo cabe parafrasear um certo personagem de filme um de ficção “São tempos sombrios, não há como negar”, o serviço público tem perdido sua função primordial, em virtude de seus maus gestores, as bases do constitucionalismo brasileiro perdem seu significado, caminha-se para um estado liberal, aonde a máxima que se prega é a de menos estado e mais iniciativa privada trazendo consigo possível aumento das desigualdades sociais. Nesse sentido

conduz-se a seguinte reflexão... deveria o Estado sofrer ingerência da iniciativa privada e não de sua população?!

5 REFERÊNCIAS

FILHO, Aluizio Bezerra. **Manual dos crimes contra o erário**: anotados e comentados. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 1008 p.

FILHO, Aluizio Bezerra. **Processo de improbidade administrativa**: anotado e comentado. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. 749 p.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. 1346 p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 643 p.

CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa**: limites constitucionais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 492 p.

JUNIOR, Waldo Fazzio. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Atlas, 2012. 573 p.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**: direito material e processual. 7. ed. São Paulo: Método, 2019. 346 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 144 p.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais**. São Paulo: Atlas, 2015. 172 p.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 708 p.

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberson Roberto de. **Como combater a corrupção em licitações**: detecção e prevenção de fraudes. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 170 p.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas**: comentadas. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. 1183 p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1315619 / RJ RECURSO ESPECIAL 2012/0072990-3. Relator Ministro Campos Marques. Rio de Janeiro, 15 de agosto de 2013.

NOGUEIRA, Mariana. **Título**: Polícia Federal investiga fraudes em obras para saúde e Barbacena. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/cidades/policia-federal-investiga-fraudes-em-obras-para-a-saude-em-barbacena-1.2206934>>. Acesso em: 10. set. 2019.

G1 MT. **Título:** TCE suspende licitação de R\$ 18,9 milhões da prefeitura de Cuiabá para fornecimento de combustível. Disponível em:<<https://boselli.com.br/09-02-2019-tce-suspende-licitacao-de-r-189-milhoes-da-prefeitura-de-cuiaba-para-o-fornecimento-de-combustivel/>>. Acesso em:12. set. 2019

Diário do transporte. **Título:** Direcionamento de edital faz prefeitura de Fortaleza anular licitação. Disponível em:<<https://diariodotransporte.com.br/2013/02/06/direcionamento-de-edital-faz-prefeitura-de-fortaleza-anular-licitacao/>>. Acesso em: 02. out. 2019.