

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO

VINICIUS TADEU APARECIDO MARTINS DE SOUZA

LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA A PRÁTICA DA CORRUPÇÃO

São Paulo

2018

VINICIUS TADEU APARECIDO MARTINS DE SOUZA

LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA A PRÁTICA DA CORRUPÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Lilian Regina Gabriel
Moreira Pires

São Paulo

2018

VINICIUS TADEU APARECIDO MARTINS DE SOUZA

LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA A PRÁTICA DA CORRUPÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Lilian Regina Gabriel Moreira Pires
Universidade Presbiteriana Mackenzie

A Ele. Maravilhoso, Conselheiro, Deus Forte, Pai da Eternidade, Príncipe da Paz. (Is 9:6), O Caminho, a Verdade e a Vida (Jo 14: 6), Advogado (1Jo 2:1), Justo Juiz (Sl 7:11), Sol da Justiça (Ml 4:2), o Alfa e o Ômega (Ap 1:8): a Ti Jesus.

AGRADECIMENTOS

“Não há porque viver
Se não pra crer e ser crescendo sendo”
(Castello Branco, o cantor)

“Crer-ser”, em uma sintética leitura de Castello Branco, é ter fé ativa. É acreditar em algo e viver este algo com todo o coração. Neste momento, com a finalização deste trabalho, vejo os frutos do que cri e fui. Tal conclusão só me foi possível em razão de pessoas especiais que em mim acreditaram e comigo sonharam. A todos, seguem meus agradecimentos.

A Deus. Sei que as palavras não podem expressar a gratidão que tenho por um dia ter conhecido a verdade. Sem Ti, Senhor, força não tenho, sabedoria não me vem, felicidade não me chega. Toda honra e toda glória ao Senhor que me permitiu aqui chegar. Obrigado.

A minha querida mãe que, com seu jeito doce e elétrico de ser, sempre me incentivou a estudar. Obrigado, querida! Te amo.

Ao meu eterno exemplo: meu pai. *In memoriam*.

Aos meus irmãos que pacientemente me suportaram nos momentos de estresse, e muito bem entenderam os meus momentos de solidão para os estudos.

À Maria Helena Bresser da Silveira, diretora geral da escola Móbile, por todo o apoio e carinho que tem me dado desde os tempos do cursinho. Com a paciência de uma excelente educadora, me aconselhou como se seu filho eu fosse, acreditando em meus sonhos! Muito obrigado.

À Lilian Regina Gabriel Moreira Pires, minha orientadora, que se valendo da maestria que muito bem lhe caracteriza ajudou-me na escrita desta monografia. Em seu nome, agradeço a todos os professores da graduação pelos momentos de ensino, conselhos e discussões.

À Procuradora da República Thaméa Danelon Valiengo e a todos os seus assessores (Emerson Foruyama, Roger Wendel Sgalla, Lana Elisa e Leonardo Hubinger) com os quais tive a oportunidade e o prazer de estagiar. Graças à especial experiência de aprendizagem no MPF, pude esboçar meus primeiros rascunhos sobre este trabalho.

Aos meus amigos mackenzistas, claro. Agradecê-los de forma individual tomariam outras tantas páginas deste trabalho, razão pela a qual indico seus nomes diretamente: Carolina Mayumi, Danilo Melo, Fernanda Olberg, Fabiane Sayuri, Isabella Gazarini, Julia Marques, Karina Gomes, Letícia Bergamasco, Mariana Lima e Natalia de Moraes. Cinco anos com vocês foram suficientes para saber do valor

que cada um possui. Saibam que me recordarei, com muito carinho, de nossas manhãs de risos, aflições e reflexões. Obrigado, *folks!*

Ao Danilo, por sua amizade, disposição, conselhos e pelas excelentes discussões jurídicas e acadêmicas que tivemos no decorrer de toda a graduação.

À Isabella que, materializando as palavras amor, generosidade e fé, fez das manhãs e tardes que passamos juntos dias alegres e divertidos. O Foro da Vila Prudente bem nos lembra disto.

À Mariana e à Julia, duas valorosas mulheres com as quais vivenciei o significado da palavra atenção, cuidado, compreensão e perdão. Cada qual, com seu jeito especial, agregou muito para minha forma de viver e ver o mundo. Na gastronomia, o Leite, o Chocolate e a Rapadura podem até ser uma mistura incompreensível; para mim, o tempo e o companheirismo demonstraram que nenhuma regra *gourmet* se mostrou capaz de impedir o singelo resultado desta mistura: a bela amizade que construímos.

"Aquele que anda corretamente e fala o que é reto, que recusa o lucro injusto, cuja mão não aceita suborno, que tapa os ouvidos para as tramas de assassinatos e fecha os olhos para não contemplar o mal, é esse o homem que habitará nas alturas; seu refúgio será a fortaleza das rochas; terá suprimento de pão, e água não lhe faltará"

(Isaías 33:15,16).

"De tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantar-se o poder nas mãos dos maus, o homem chega a rir-se da honra, desanimar-se da justiça e ter vergonha de ser honesto"

(Rui Barbosa)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar a maneira como o procedimento licitatório pode ser utilizado para a realização de atos corruptos. Como se sabe, a corrupção está cada vez mais evidente no cenário brasileiro e no mundial, ocasionando grandes prejuízos à sociedade, seja em seu âmbito social, econômico e até mesmo político. A licitação pública que, em primeiro momento, podia ser entendida como uma forma de combate à corrupção em razão de restringir possíveis favoritismos e escolhas subjetivas quando de contratações públicas, em verdade, tem se tornado instrumento para a prática de fraudes e atos ilícitos. Isto, pois, seu procedimento tem sido desvirtuado por agentes da Administração Pública (que, em conluio com empresas interessadas na licitação), se valem de brechas nas fases de habilitação e julgamento das propostas. Por tal motivo, analisar o procedimento licitatório e a maneira como ele é alterado para os fins escusos, se mostra necessário para o efetivo combate à corrupção- medida que se faz urgente na atualidade.

Palavras-chave: Licitação. Corrupção. Combate. *Performance bond*.

ABSTRACT

The present work aims to bring forward how the bidding procedure can be used for the accomplishment of corrupt acts. As is well known, corruption is increasingly evident in the Brazilian and global scenario, causing great losses in society, in its social, economic and even political sphere. The public bidding that, in the first time, could be seen as a way of combating corruption due to restrict possible favoritism and subjective choices when public contracts, actually, has become a tool for the practice of fraud and illegal acts. That the conclusion, because the procedure has been misrepresented by agents of the Public Administration in collusion with companies interested in the bidding, who use gaps in the qualification and evaluation of bids stages. For this reason, analyzing the bidding procedure and the way it is altered to the offense, is necessary for the effective fight against corruption, a measure that is urgently needed today.

Keywords: Bidding. Corruption. Combat. Performance bond.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. CORRUPÇÃO	12
1.1. CONCEITO	12
1.2. REALIDADE MUNDIAL E REALIDADE BRASILEIRA.....	15
1.3. A CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	19
1.4. ECONOMIA POLÍTICA DA CORRUPÇÃO	21
1.5. EFEITOS DA CORRUPÇÃO NA SOCIEDADE	23
2. O COMBATE À CORRUPÇÃO NA ATUALIDADE	27
2.1. INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL.....	27
2.1.1. As três principais convenções internacionais voltadas ao combate à corrupção	32
2.2. O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL.....	40
3. A LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA A PRÁTICA DA CORRUPÇÃO	46
3.1. OS ASPECTOS GERAIS DA LICITAÇÃO	46
3.2. O DESVIRTUAMENTO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.....	57
4. CASO PRÁTICO: A OPERAÇÃO CALICUTE	64
5. A PERFORMANCE BOND COMO MEDIDA DE CONTRIBUIÇÃO PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO	77
CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86

INTRODUÇÃO

A corrupção, tema atualmente em evidência nas mídias e discussões ao redor do mundo, não se trata de uma prática recente. Seja no Brasil, seja no exterior, sua ocorrência é datada desde a antiguidade, variando-se apenas quanto a sua intensidade e ao grau de percepção pela sociedade.

Embora a prática da corrupção não seja recente, no Brasil o seu estudo teve grande destaque em decorrência da deflagração da operação Lava-Jato em 2014, que apontou a existência de diversos atos ilícitos majoritariamente relacionados às contratações públicas.

Nesta monografia, em atenção a esta constatação social, busca-se compreender a sistemática por meio da qual os fins escusos acordados entre agentes públicos e as empresas/pessoas interessadas em licitar com a Administração Pública são materializados no cenário brasileiro. Para tanto, analisa-se o procedimento licitatório adotado pelo Poder Público para a contratação com particulares, verificando-se, igualmente, em qual (is) de suas etapas os atos ilícitos são praticados com vistas a garantir a concretude da prática da corrupção.

Ora, imperioso destacar que este estudo se justifica em razão da necessidade de se encontrar o padrão adotado nos atos ilícitos perpetrados por agentes públicos e particulares. Isto, minorando os prejuízos aos cofres públicos, e, diminuindo-se os impactos negativos à vida socioeconômica da população brasileira.

Neste sentido, é que se propôs a escrita desta monografia, utilizando-se, para tanto, do estudo bibliográfico, jurisprudencial e da análise de um caso que fora investigado em um dos desdobramentos da operação lava-jato.

Desta forma, para melhor organização do presente, dividiu-se este escrito em cinco capítulos.

No primeiro, o estudo se detém à compreensão da “corrupção” em si, analisando o seu conceito, sua ocorrência no Brasil e no mundo, sua forma de ocorrência na Administração Pública, bem como quais os seus principais efeitos na sociedade.

O segundo capítulo, por sua vez, restringe-se à maneira pela a qual o combate à corrupção se concretiza, abordando-se, de forma geral, os principais instrumentos que o Brasil possui para enfrentar esta problemática. Políticas públicas,

leis, acordos de cooperação jurídicas e convenções internacionais ganham destaque neste capítulo.

Dando-se maior enfoque ao tema deste trabalho, o terceiro capítulo possui grande importância para a compreensão de como a licitação é desenhada no ordenamento jurídico brasileiro, e, como ela se torna desvirtuada para o atingimento de fins escusos.

No quarto capítulo, aclarando-se o que é apresentado no capítulo anterior, é apresentado um caso prático, cuja dinâmica fora desvendada pelas investigações da operação Calicute no Rio de Janeiro. Tal estudo tem como base as principais peças processuais da ação penal n. 0509503-57.2016.4.02.5101, bem como os termos de colaboração premiada e de leniência firmados entre as autoridades públicas e uma grande empreiteira.

Finalmente, traz-se no quinto capítulo uma possível contribuição para a minoração da corrupção nas contratações públicas: a exigência da *performance bond* no procedimento licitatório, tema que é abordado sob a perspectiva adotada pelo jurista Modesto Carvalhosa.

1. CORRUPÇÃO

1.1. CONCEITO

Etimologicamente, o termo “corrupção” vem do *latim* “*corruptio*”, que significa “*ato ou efeito de corromper; decomposição/putrefação*”¹. “Corromper”, por sua vez, significa “*deteriorar, decompor, perverter, alterar, induzir a realizar ato contrário ao dever, à ética*”².

Trata-se, pois, de um termo em *latim* que, por meio da ideia de “decomposição física dos alimentos”, traduz um sentido metafórico à “decomposição moral do homem”³, que se corrompe e se afasta do ideal buscado pela comunidade na qual está inserido.

Assim, é de se constatar que o conceito de “corrupção” não se completa sem que reste delimitado o ideal de correto e justo, pois somente assim se saberá o que fora quebrado/ corrompido. Ou seja, é preciso identificar o que é reto e, portanto, em que consiste o padrão admirado em uma sociedade, para, após, serem apontadas quais práticas são consideradas “podres” e afrontosas ao ideal perquirido pelo grupo social.

Neste sentido, aduz Manoel Gonçalves 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.”⁴

Desta forma, não se pode concluir que o termo corrupção tem um conceito unívoco, visto que determinada conduta pode se mostrar corrupta em determinadas

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, 1910-1989. *Miniaurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa/ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira; Coordenação de edição, Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira, lexicografia, Margarida dos Anjos... (et al.)* 4. ed. rev. ampliada. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p.189.

² *Ibid.*, p. 189.

³ Em linha simétrica, a autora Adriana Romeiro (ROMEIRO, Adriana. *Corrupção e poder no Brasil: uma história, séculos XVI e XVIII*, 1ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017, p. 22) apresenta a utilização de metáforas relacionadas a doenças e à degeneração, pelo escritor Diogo Couto em sua obra *Soldado prático*, para empregar o termo corrupção no corpo político, compreendendo-o como resultado da subversão da função exercida pelo governante.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 185, p. 1-18, jul. 1991, p. 3. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44482>>. Acesso em: 03 Jan. 2018.

épocas e locais, e ao mesmo tempo estar acobertada pelo selo da legalidade e bons costumes em outras.

Por esta razão, atualmente é possível encontrar diversas manifestações do que se entende por corrupção, perpassando por concepções históricas, políticas, sociais, culturais, econômicas e até mesmo religiosa.

Na visão legalista, a corrupção é entendida como sendo a violação de códigos e normas legais a fim de que haja o locupletamento pessoal de maneira ilícita.⁵

Desta concepção, duas problemáticas se levantam: (i) quem terá incumbência de decidir se um ato é corrupto ou não; (ii) qual a influência que as pessoas poderosas podem ter na elaboração de tais leis, dando legalidade a atos que lhes privilegiem, em prejuízo dos interesses da sociedade.

Em seu aspecto social, a corrupção surge com o nascimento do homem. Ora, Hobbes já alertava que os homens são dotados de uma “cobiça natural”, ou seja, pelo “desejo de riquezas (...)”⁶

Assim, é possível dizer que, em todas as sociedades conhecidas, sempre houve corruptores e corrompidos⁷, e, segundo o sociólogo Donald Ray Cressey, suas ações com o fito à corrupção podem ser resumidas pela existência de três fatores: pressão, oportunidade e racionalização, itens que unidos formam o que ele denominou de “Triângulo da Fraude”⁸, em que cada aresta é representada por um destes fatores.

Na primeira aresta deste triângulo, encontra-se o fator “pressão”. Este, também chamado de “incentivo” ou “motivação”, é uma das razões que motivam a ação corrupta: por pressão pessoal ou profissional, o indivíduo comete a ilegalidade para resolver seu problema. Exemplo mais corriqueiro é a motivação oriunda de um problema financeiro que a pessoa esteja enfrentando.

Na segunda aresta, tem-se a “oportunidade”. Aqui, embora não necessite, o agente comete a ilegalidade, pois se vê diante de uma situação em que tenha a chance de usar e abusar de sua posição para benefício particular.

⁵ WILLIAMS, R. (1999, apud., PELLEGRINI, L., 2009, p. 2).

⁶ “O desejo de riquezas chama-se cobiça, palavra que é sempre usada em tom de censura porque os homens que lutam por elas vêm com desagrado que os outros as consigam; embora o desejo em si mesmo deva ser censurado ou permitido conforme a maneira como se procura conseguir essas riquezas.” (HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril, 1974, p. 6).

⁷ Ambas expressões se sintetizam na palavra “Corrupto”, ou seja, naquele que corrompe ou se deixa corromper ou subordinar, conforme FERREIRA, 2001.

⁸ CRESSEY, Donald R. (1953 apud TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2016, p.17).

Por fim, há a aresta “racionalização”, pela qual o indivíduo, de forma moralmente racional, busca dar legitimidade a sua conduta fraudulenta. Aqui, o agente se vê como pessoa honesta e que se encontra em más circunstâncias. Geralmente argumenta que “apenas pegou o dinheiro emprestado” ou que “simplesmente merecia esse dinheiro”, etc.

Observa-se que, inevitavelmente, a aresta da oportunidade está presente nas situações de pressão e de racionalização. Ora, somente se pode sanar uma necessidade ou usar da racionalização quando a situação é oportuna.

Na outra esteira, enquanto fenômeno cultural, a corrupção pode ser resumida como sendo uma conduta introjetada no agir de uma comunidade por meio de suas práticas e costumes usuais. No Brasil, ela pode ser verificada em ações baseadas no chamado “jeitinho brasileiro”, tema associado ao contorno de normas a fim de se obter vantagens de situações.

Segundo Roberto Da Matta⁹, o “jeitinho”, de forma geral, pode ser resumido em uma maneira de circulação social pela qual o indivíduo se vale de recursos e laços emocionais para obter favores pessoais.

Não por acaso, tal prática foi relatada pelo escritor Manuel Antônio de Almeida que, retratando os costumes populares no Rio de Janeiro à época, escreve, entre 1952-1953, sua obra “Memórias de um sargento de milícias”, se valendo de suas personagens tipos sociais, como Leonardinho. Este era a representação do típico malandro que buscava obter vantagens sem, contudo, fazer qualquer esforço.

No romance do escritor carioca, Leonardinho consegue, inclusive, entrar na milícia e se tornar sargento, graças a intervenção de sua madrinha. Situação que evidencia o uso dos laços pessoais para favorecimento pessoal dentro da máquina pública.

O agir corrupto igualmente fora retratado na Bíblia Sagrada Cristã, na qual é verificado por meio das ações que não agradam a Deus e que violam seus mandamentos. Exemplo patente de corrupção narrada na Bíblia é a perpetrada pela nação de Israel, que vivia no pecado, e, sob uma liderança corrupta. Vejamos:

“Como se fez prostituta a cidade fiel! Ela que estava cheia de retidão! A justiça habitava nela, mas agora homicidas. A tua prata tornou-se em escórias, o teu vinho se misturou com água. Os teus príncipes são rebeldes, e companheiros de ladrões; cada um deles ama as peitas, e anda atrás das recompensas; não fazem justiça ao órfão, e não chega perante eles a causa da viúva.

⁹ DA MATTA, Roberto. O que faz o Brasil, Brasil? Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1991.

Portanto diz o Senhor, o Senhor dos Exércitos, o Forte de Israel: Ah! tomarei satisfações dos meus adversários, e vingarei-me dos meus inimigos.

E voltarei contra ti a minha mão, e purificarei inteiramente as tuas escórias; e tirar-te-ei toda a impureza.”¹⁰

Nesta passagem bíblica, observa-se que a nação de Israel se corrompeu. Seus líderes somente buscavam a satisfação de seus interesses, em detrimento de outras pessoas, tornando-se impuros e cheios de escórias.

Por fim, faz-se necessário colacionar uma última definição de corrupção: a adotada pelo Banco Mundial.

Segundo Tanzi¹¹, trata-se de uma definição mais simples e popular de corrupção, que se perfaz pelo “*abuso do poder público para benefícios privados*”.

Para esta conceituação, leva-se em consideração a corrupção enquanto prática realizada dentro das relações que envolvem agentes públicos. Neste trabalho será observada esta conceituação.

1.2. REALIDADE MUNDIAL E REALIDADE BRASILEIRA

Atualmente o que muito se noticia são fatos relacionados à corrupção ocorrida dentro dos setores públicos.

Tal prática, entretanto, não é algo recente. Pelo contrário, por séculos, o fenômeno da corrupção sempre foi repudiado e teve considerações em diversos campos de estudo, seja religião, política, ética ou ciências sociais.

É de se destacar, outrossim, que a corrupção não é prática presente apenas no Brasil, já que noticiada em todas as nações. Basta se recordar de alguns dos grandes escândalos de corrupção ocorridos no mundo¹²: (i) FIFA (2015)- Envolvendo o desvio de mais de R\$ 150 milhões de dólares pelos dirigentes do órgão, por meio de 81 casos investigados; (ii) Ex-presidente Ucraniano Viktor Yanukoych (2010-2014) que desviou milhões de dólares por meio de contratações irregulares durante seu mandato. Foi deposto em 2014; (iii) Ex-presidente do Panamá que, junto com

¹⁰ BRASIL. BIBLIA ONLINE. BIBLIA, A.T. Isaías 1, 21-25. In BIBLIA. Português Disponível em <<https://www.bibliaonline.com.br/acf/is/1>>. Acesso em 24 de abr. 2018.

¹¹ TANZI (2002, p. 25 apud NUNES 2008, p.18).

¹² Casos relatados em matéria jornalística da Revista Guia do Estudante, disponível em: <<https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/9-casos-marcantes-de-corrupcao-no-mundo/>>

seus aliados, se apropriaram de mais de 100 milhões de dólares dos cofres públicos (2009- 2014).

Ao redor do mundo, a percepção da corrupção na administração pública é aferida pelos índices de transparência existente em cada país.

Tais índices são mensurados pela Transparência Internacional, organização sem fins lucrativos, que publica, anualmente, relatório de Índice de Percepção de Corrupção (IPC) relacionada à corrupção entre servidores públicos e políticos.

A metodologia utilizada em tal pesquisa é baseada na análise de ataques à liberdade de imprensa, na força das leis, na falta de acesso à informação, etc, conforme informa Delia Ferreira Rubio, presidente da organização.¹³

Segundo tal índice, quanto mais próximo da nota 100 (cem), mais íntegro é o país. Na outra esteira, quanto mais próximo de 0 (zero), mais corrupto é o país.

No ano de 2017, 180 países foram ranqueados segundo os critérios mencionados, obtendo-se as seguintes colocações¹⁴:

Com as melhores pontuações, ficaram: Nova Zelândia (89 pontos), Dinamarca (88 pontos), Finlândia, Noruega e Suíça (85 pontos), Cingapura, Suécia e Canadá (84 pontos). Estes países são considerados como sendo os menos corruptos, conforme os critérios adotados na pesquisa supracitada.

No outro extremo do relatório, encontram-se os países com as piores notas: Somália (9 pontos), Sudão do Sul (12 pontos), Síria (14), Afeganistão (15) Sudão (16 pontos). Três destes países integram a região da África Subsaariana, cuja pontuação média se ateve aos 32 pontos.

Por regiões, as pontuações ficaram: União Europeia e Europa Ocidental com média de 66 pontos, sendo sua máxima com a Dinamarca (88 pontos), e, mínima com a Bulgária (43 pontos); Ásia-pacífico com média de 44 pontos, tendo Dinamarca com a maior nota (89 pontos), e, Afeganistão com a menor pontuação (15 pontos); Américas com média de 44 pontos, tendo sua maior nota no Canadá (82 pontos), e, sua menor na Venezuela (18 pontos). Após, temos: Oriente Médio e Norte da África com 38 pontos de média, sendo que a sua maior nota pertence aos Emirados Árabes Unidos (77 pontos), e, sua menor pertence à Síria (14 pontos); Leste Europeu e Ásia Central, com média de 34 pontos, tendo sua maior pontuação na Geórgia (56 pontos), e menor, Turquemenistão (19 pontos). Em última colocação,

¹³ Internacional, Transparency, 2017, p. 3, versão em inglês.

¹⁴ Internacional, Transparency, 2017, versão em português.

tem-se a África Subsaariana com média de 32 pontos, tendo sua maior pontuação na Botsuana (61 pontos), e menor pontuação na Somália (9 pontos).

Dentre os 180 países pesquisados, o Brasil foi considerado o 96º país menos corrupto, junto à Colômbia, Indonésia, Panamá, Peru, Tailândia, Zâmbia, todos com 37 pontos. A pontuação da nação se agravou desde a última medição, quando ocupava a 79ª colocação em 2016.

Ora, os dados mostram que nenhum país está livre da corrupção. O que muda de um país para o outro é a forma e o grau como tal fenômeno social neles ocorre.

No cenário brasileiro, a corrupção é apontada como sendo resultado de um processo de formação peculiar, marcado por vícios atinentes às interações entre o Estado e a sociedade. Assim entendem Álvaro Filipe Oxley da Rocha e Maiquel Angelo Dezordi Wermuth¹⁵.

Para eles, o patrimonialismo e o clientelismo foram determinantes para a consolidação de processos corruptos na política brasileira.

O patrimonialismo se apresenta por meio do homem cordial, que enxerga o setor público como sendo a continuação do privado, ou seja, o Estado é para ele a extensão de sua família¹⁶.

Do patrimonialismo, surge o clientelismo: relação de troca de favores entre os detentores do poder (e que representam o Estado) e as pessoas que não dispõem de tal poder.

Para José de Souza Martins¹⁷, tal relação não significa, necessariamente, uma relação entre uma pessoa rica e uma uma pobre, mas sim uma relação de troca de favores políticos, visto que todos dependem do Estado de alguma forma. Assim expõe:

“De fato, as indicações sugerem que o clientelismo político sempre foi e é, antes de tudo, preferencialmente uma relação de troca de favores políticos por benefícios econômicos, não importa em que escala. Portanto, é essencialmente uma relação entre poderosos e ricos e não principalmente uma relação entre ricos e pobres.”

¹⁵ ROCHA, A. F. O. e WERMUTH, M. A. D. "O difícil processo de consolidação da cidadania plena no Brasil: Notas sobre o patrimonialismo, clientelismo, a corrupção e a pobreza política." Revista do Direito 29: 146-165, jan-jun. 2008. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/588/460>>. Acesso em 25 de abr. 2018.

¹⁶ Nesse sentido, Sérgio Buarque de Holanda (HOLANDA. Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 26ª ed, 1995.)

¹⁷ MARTINS, José de Souza. O Poder do atraso: ensaios de sociologia da história lenta. São Paulo: Hucitec, 2ª ed., 1999, p. 29.

Exemplificando a prática do clientelismo, colaciona-se o conhecido trecho da Carta de Pero Vaz de Caminha direcionada ao rei Dom João IV, em que, ao mesmo tempo que informa do descobrimento do Brasil, pede um favor para o genro:

“E pois que, Senhor, é certo que tanto neste cargo que levo como em outra qualquer coisa que de Vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro -- o que d'Ela receberei em muita mercê”¹⁸

Ora, pelo cargo público ocupado, Pero Vaz de Caminha extrapola a função que tinha de apenas relatar ao rei o que encontrara no Brasil. Ele foi além, e, como alguém que transita entre o público e o privado, pede favor ao monarca em troca das informações que a ele fornece.

E deste modo, foi-se construindo a identidade brasileira, que segundo Furtado¹⁹, se deu sem qualquer compromisso ideológico ou moral de se constituir uma nação. Na verdade, somente desembarcavam no Brasil aventureiros cujo único objetivo era retirar riquezas locais e voltar para Portugal.

E com base neste cenário, é que se alega que houve transposição dos processos de patrimonialismo e clientelismo existentes em Portugal para o Brasil, tendo, portanto, a corrupção brasileira origens neste contexto.

Embora concorde que a construção do Brasil tenha ocorrido sem que houvesse um compromisso ideológico ou moral, Furtado discorda da ideia de que as raízes da corrupção no Brasil estão firmadas exclusivamente no passado colonial que o país experimentou, ou em características do povo brasileiro.

Para Lucas Rocha Furtado, os elevados índices de corrupção se fundamentam nas deficiências do sistema jurídico administrativo e na certeza de impunidade que possibilita a manutenção da prática corrupta.

Em que pesem as posições histórico-culturais apresentadas, este trabalho não busca discutir em qual contexto surgiu a corrupção, visto que, conforme já exposto, mensurar seu nascimento é tarefa até hoje não solucionada. Seu foco é analisar como a Administração Pública pode ser utilizada para a prática da corrupção quando da realização de licitações públicas.

¹⁸ Carta de Pero Vaz de Caminha. Texto disponível em <http://educaterra.terra.com.br/voltaire/500br/carta_caminha.htm>

¹⁹ FURTADO, Lucas Rocha. As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 16

1.3. A CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Quando se fala em “Administração Pública”, importante destacar alguns conceitos que a caracterizam.

Conforme os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁰, a expressão Administração Pública possui dois sentidos.

O primeiro, que é o subjetivo, designa os entes que exercem a atividade administrativa- a atividade de planejar, dirigir, comandar. A Administração Pública seria compreendida como pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que têm, por incumbência, o exercício da função administrativa.

O segundo, apresentado pela autora como sendo o objetivo, refere-se à natureza da atividade que os referidos entes exercem, ou seja, a Administração Pública seria a própria função administrativa, exercida tipicamente pelo Poder Executivo.

Ora, quando se utiliza a expressão “corrupção na Administração Pública”, assim o faz com objetivo de indicar a prática corrupta dentro da máquina estatal, ou seja, dentro de suas pessoas jurídicas, de seus órgãos, por meio de seus agentes.

As condutas fraudulentas empreendidas dentro do ambiente público caracterizam-se, geralmente, por meio de duas dinâmicas: (i) para benefício ou ganho de um agente estatal, promovendo seus interesses privados- chamada corrupção individual; (ii) para benefício político, sob condições que tendem a promover interesses privados- chamada de corrupção institucional.

Nesse sentido, Dennis F. Thompson apresenta dois conceitos de corrupção atrelados à ação estatal:

“O primeiro e mais familiar conceito é a corrupção individual: ganho ou benefício pessoal de um funcionário público em troca da promoção de interesses privados. O segundo - a corrupção institucional - é bastante comum na prática, mas muitas vezes é executado junto com o primeiro e, portanto, é muitas vezes negligenciado. Envolve ganho ou benefício político de um funcionário público sob condições que, em geral, tendem a promover interesses privados. Em ambos os casos, a corrupção ocorre não apenas porque os interesses privados são promovidos, mas porque são promovidos sem o devido respeito pelas regras de um processo legítimo. Em ambos os casos, os interesses privados influenciam indevidamente os objetivos públicos, mas o que torna a influência imprópria difere em cada caso.”²¹

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. Ed.- São Paulo: Atlas, 2014, p. 50.

²¹ THOMPSON (THOMPSON, Dennis F., Two Concepts of Corruption (August 1, 2013). Edmond J. Safra Working Papers, No. 16, p.6. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2304419>. Acesso em 28 abr. 2018). No original: “*The first and more familiar concept is individual corruption: personal gain or*

A primeira situação se verifica quando, por exemplo, um Juiz de Direito cobra determinada quantia de uma pessoa para julgar a ação em que ela é parte, em favor dela.

Para a segunda hipótese, tem-se como exemplo a situação na qual um determinado prefeito concede benefícios fiscais para determinada empresa, objetivando que ela lhe dê futura ajuda financeira em próxima campanha eleitoral.

No caso da conduta institucional, Dennis F. Thompson informa que tal prática pode ser ou não corrupta. Vejamos:

“(...) quando um legislador aceita uma contribuição de campanha, mesmo quando faz um favor ao contribuinte, o benefício político (e qualquer influência que este possa ter) pode ou não ser corrupto. Não é corrupto se a prática promove (ou ao menos não prejudica) a competição política, a representação cidadã ou outros processos centrais da instituição. Mas é corrupto se for de um tipo que tende a prejudicar tais processos (como indicado pela violação de procedimentos legítimos) e, portanto, frustra os propósitos primários da instituição”²²

A conduta somente será corrupta se violar processos legítimos, frustrando os propósitos da instituição.

Em se tratando da Administração Pública, cujo único propósito é a consecução do interesse público primário, ou seja, do “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”²³, qualquer conduta que implique o uso da máquina pública para benefício particular, qualquer que seja a natureza, constitui ato corrupto.

benefit by a public official in exchange for promoting private interests. The second—institutional corruption—is common enough in practice but is often run together with the first, and is therefore often neglected. It involves political gain or benefit by a public official under conditions that in general tend to promote private interests. In both cases, the corruption occurs not simply because private interests are promoted, but because they are promoted without due regard for the rules of a legitimate process. In both cases, private interests influence the public purposes improperly, but what makes the influence improper differs in each case.”

²² THOMPSON, Dennis F., Two Concepts of Corruption (August 1, 2013). Edmond J. Safra Working Papers, No. 16, p.7. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2304419>. Acesso em 28 abr. 2018. No original: (...) *when a legislator accepts a campaign contribution, even while doing a favor for the contributor, the political benefit (and any influence it may have) may or may not be corrupt. It is not corrupt if the practice promotes (or at least does not damage) political competition, citizen representation, or other core processes of the institution. But it is corrupt if it is of a type that tends to undermine such processes (as indicated by the violation of legitimate procedures), and thereby frustrates the primary purposes of the institution”*

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 62.

Em outra classificação, Marcos Fernandes Gonçalves da Silva²⁴ divide a corrupção pública em dois tipos: a política e a burocrática. A primeira se refere a praticada por políticos, e a segunda por funcionários públicos dos mais variados escalões.

Deste modo, as práticas de corrupção, seja individual ou institucional, podem ser exemplificadas, dentre outras condutas²⁵: (i) pelo suborno: dar dinheiro a alguém, a fim de que esta pessoa faça algo ilícito; (ii) por meio de presentes: pode ser considerada uma espécie de suborno, pois, visa, indiretamente, a obtenção de algum favor; (iii) pelo nepotismo: se verifica por ações que visam favorecer parentes a fim de alcançar funções públicas; (iii) pelo clientelismo, ocorre pela concessão de privilégios no setor público para aqueles que apoiam os detentores do poder; (iv) por apropriação de bens e serviços públicos; (v) pela propina; (vi) pelo uso de veículo oficial para passeios particulares; (vii) pela manipulação dos orçamentos; etc.

De forma geral, as condutas concernentes à corrupção são diversas, e geralmente, são organizadas de forma a estabelecer uma economia política, conforme a seguir se expõe.

1.4. ECONOMIA POLÍTICA DA CORRUPÇÃO

A economia política é entendida como sendo a ciência econômica que estuda o processo de tomada de decisões no ambiente político e o procedimento de escolhas públicas. Neste sentido, aduz Victor Azambuja Gama²⁶.

Tendo em vista que a prática da corrupção na seara pública implica escolhas que podem causar desequilíbrios econômicos, financeiros, afetar o desenvolvimento econômico e social de um país, além de estar relacionada com o direcionamento de riquezas e sua distribuição na sociedade, importante analisar o fenômeno da corrupção sob a perspectiva econômica.

²⁴ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. Economia política da corrupção: o escândalo do orçamento. São Paulo: FGV, 1995, p. 15.

²⁵ Tópicos que são bem discorridos por Leopoldo Ubiratan Carreiro Pagotto. In: PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico. 2010. 413 f. Tese (Programa de Pós- graduação em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 174-183.

²⁶ GAMA, Victor Azambuja. A economia política da corrupção: o caso mensalão. 2006. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Econômicas)- Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2006, p. 36.

Dentre as principais teorias econômicas, as que possuem importante destaque no estudo da corrupção são: (i) teoria dos caçadores de renda; (ii) teoria econômica da propina.

A teoria dos caçadores de renda (*“rent-seeking”*) tem como expoentes Kruger (1974) e Tullock (1967). Para eles, os agentes econômicos têm por motivação maximizar os seus resultados econômicos, dentro ou fora das regras econômicas e sociais, que se verifica, por exemplo, por meio de benefícios extraídos do Estado.

A atividade do caçador de renda pode ser considerada como uma atividade parasitária, visto que se realiza por grupos de pressão a fim de que haja transferência de renda por meio de manipulação do ambiente econômico²⁷.

Sua ocorrência é verificada por meio de atividades legais ou ilegais que visam à extração máxima de privilégios especiais, tais como isenções fiscais, crédito subsidiário, etc. Atividades nas quais o caçador empreende recursos financeiros e humanos que, geralmente são escassos, para capturar renda advinda de intervenções do governo no mercado²⁸.

Nesse sentido, é de concluir que “as atividades de busca de renda de privilégio podem se manifestar como esquemas de propina, corrupção, contrabando e mercados informais”, conforme discorre Roberta Muramatsu Karolina Wachowicz Orlandi²⁹.

Relacionada a esta teoria, encontra-se outra: a econômica da propina.

Segundo leciona Marcos Fernandes Gonçalves da Silva, a propina pode ser definida como sendo um:

“(...) meio financeiro de se transformar relações impessoais em pessoais, geralmente visando à transferência de renda ilegal dentro da sociedade ou a simples apropriação indevida de recursos de terceiros ou a garantia de tratamento diferenciado (como na maior parte dos casos de corrupção em baixos níveis de administração).”³⁰

²⁷ SILVA, 2001, P. 74, apud, GAMA, Victor Azambuja, 2006, p. 48

²⁸ TOLLISON, R. “Rent-seeking: a survey,” *Kyklos*, vol. 35, fasc.4, pp. 575-602, 1982. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-6435.1982.tb00174.x>>. Acesso em 12 de fev. 2018.

²⁹ ORLANDI, Roberta Muramatsu Karolina Wachowicz. Interpretando A Corrupção De Governo No Brasil Do Século XXI: resultado não-intencional do alto compadrio e pouca liberdade econômica?. In: Fórum Liberdade Econômica, 06-11-2017 a 11-11-2017, São Paulo, p. 01-27. Disponível em: <http://liberdadeeconomica.mackenzie.br/fileadmin/ARQUIVOS/PUBLIC/SITES/ECONOMICA/2017/Artigo_Forum_Mackenzie_de_Liberdade_Muramatsu_e_Wachowicz_INTERPRETANDO_A_CORRUPCAO_DE_GOVERNO_NO_BRASIL_DO_SECULO_XXI_versao_final.pdf>. Acesso em 10 de Mar. 2018..

³⁰ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. Economia política da corrupção: o escândalo do orçamento. São Paulo: FGV,1995,p 41. Disponível em:

Nesta sistemática, a corrupção adquire contornos quando os agentes públicos e os agentes privados atuam com fins econômicos, influenciados por um sistema de incentivos para subornos, notadamente quando há poder discricionário pela Administração Pública nas escolhas que digam respeito ao direcionamento de recursos e benefícios para o setor privado.

Ora, o governo tem essencial papel na economia, visto que, além de atuar diretamente no setor econômico, também atua sobre a economia, organizando e regulando o mercado por meio de controle de preços, proteções tarifárias, imposição de normas, etc.

Assim, agentes privados podem dispendar pagamentos de propina para obtenção de benefícios dos agentes públicos, como o vencimento de um processo licitatório para uma obra pública.

É de se mencionar, outrossim, que a economia da propina implica gastos a serem suportados pela população que, em razão de tal conduta, enfrenta a redução do crescimento econômico e arca com os custos indiretos da prática corrupta³¹.

Os efeitos concretos que a prática da corrupção inflige na sociedade são conhecidos em todos os países, alterando-se, porém, quanto ao grau de impacto em seus territórios e a forma como eles lidam (ram) com as ações fraudulentas perpetradas dentro da Administração Pública.

1.5. EFEITOS DA CORRUPÇÃO NA SOCIEDADE

Quando ocorre a prática da corrupção, ocorre a invasão do privado no espaço público, marcando os atos dos agentes públicos por vício de legalidade e finalidade.

Estes atos fraudulentos não se esgotam no simples benefício às partes envolvidas na ação corrupta. Sua ocorrência ultrapassa a relação entre corrupto e corruptor, causando efeitos na sociedade nacional, bem como transcendem suas fronteiras. Nesse sentido, aduz Lucas Rocha Furtado:

“(...) corrupção pode manifestar-se por diferentes maneiras ou formas (pagamento de subornos, financiamento ilegal de campanhas políticas, tráfico de influência, utilização de informações privilegiadas, obtenção de favores etc.), ela produz efeitos de diversas ordens, e, em razão da

https://www.researchgate.net/profile/Marcos_Fernandes3/publication/39733626_A_Economia_Politica_da_Corruptao_o_Escandalo_do_Orcamento/links/5405dedd0cf23d9765a77bf9/A-Economia-Politica-da-Corruptao-o-Escandalo-do-Orcamento.pdf?origin=publication_detail

³¹ Neste sentido, SILVA, Op. cit., 1995.

globalização, esses efeitos não mais se restringem às fronteiras do país onde tenha ocorrido. A globalização da corrupção constitui importante aspecto do tema e lhe confere nova dimensão, na medida em que as políticas e estratégias de combate à corrupção devem necessariamente considerar que as causas e os efeitos desse fenômeno não se limitam às fronteiras de determinado país, mas que requerem a organização dos esforços dos agentes privados, dos Estados e das organizações internacionais dentro de uma perspectiva supranacional.”³²

Dentre os efeitos, citam-se abaixo os principais:

No que se refere à política, a corrupção perverte o ideal de representação que se deveria ter em um Estado Democrático de Direito, visto que muitos dos parlamentares perdem a essência da representatividade dos cidadãos que os elegeram para lutarem por seus interesses privados, atinentes à manutenção de seus *status* no poder. Nesse sentido, argumenta Lucas Rocha Furtado:

“No momento em que os partidos políticos partem para a busca desenfreada por recursos que possam ser utilizados em suas campanhas, entram em cena as possibilidades de utilização de métodos ilícitos de financiamento e surge a corrupção política. Esta forma particular de corrupção corrói os fundamentos da teoria da representação que está na base do ideal democrático. Nesse sentido, uma vez eleito, o parlamentar ou governante passa a utilizar o poder que lhe é conferido de modo contrário aos interesses daqueles que os elegeram e se portam de modo a atender às expectativas daqueles que financiaram suas campanhas. O exercício do mandato político deixa de ser a representação dos eleitores para se transformar na representação dos financiadores de campanha.”³³

Em razão deste distanciamento entre população e “seus representantes”, há quebra de legitimidade do próprio Estado, ocasionando a instabilidade política.

No caso do Brasil, não por acaso, muitos brasileiros foram às ruas recentemente manifestar o seu descontentamento com as práticas corruptas noticiadas na mídia³⁴.

Da mesma forma, por este distanciamento de interesses, alimenta-se a já evidenciada queda da confiança da população brasileira nas instituições públicas e privadas, seja no Poder Executivo, Congresso Nacional, Polícia, Ministério Público,

³² FURTADO, Lucas Rocha. As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 44.

³³ Ibidem, p. 46.

³⁴ “Protestos contra corrupção e em apoio à Lava Jato levam milhares às ruas”, disponível em < <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/12/04/rio-e-brasilia-ja-tem-manifestacao-contra-corrupcao.htm> > .

Igreja, Partidos Políticos, etc.³⁵, bem como desmotiva os brasileiros a se dedicarem à política.³⁶

Quanto aos efeitos econômicos e sociais, a corrupção contribui para a estagnação econômica de um país, minando a sua possibilidade de vencer o subdesenvolvimento e alcançar o desenvolvimento. Isto, pois recursos são despendidos em atividades não produtivas, geralmente imbricadas com a caça de rendas e/ ou o pagamento de propinas.

De forma geral, a corrupção reduz a produtividade de setores privados, pois recursos são direcionados para subornos e negociações de barganhas, aumentando o custo nos setores de produção.³⁷

Além disto, a corrupção ocasiona o desperdício de recursos públicos, uma vez que estes não são direcionados para políticas públicas que tragam benefícios sociais, mas sim para setores que melhor possibilitam retornos aos interesses privados de agentes públicos.

No mesmo sentido, a corrupção serve para perpetuar injustiças e desigualdades. Ora, os recursos públicos que deveriam ser direcionados para o atingimento dos objetivos fundamentais de uma nação (no caso do Brasil, os estampados nos incisos do art. 3º da CF/88), em verdade são dirigidos para a prática de atos corruptos.

O resultado já é conhecido: hospitais desaparelhados, escolas desestruturadas, professores mal pagos, etc.

Nesse contexto, é de se concordar com os dizeres de Deltan Dellagnol, quando aduz:

“A corrupção é uma *serial killer* que mata em silêncio. Ela se disfarça de buracos em estradas, falta de medicamentos, crimes de rua, miséria. Mas, como se esconde, dificilmente é responsabilizada pelas mortes que causa. Porém as pessoas que sofrem suas consequências existem e têm nome. E ninguém está livre de ser a próxima vítima. Todos nós temos razões de sobra para nos indignar e tomar uma atitude.”³⁸

No mesmo sentido, expõe Inge Admundsen, sustentando que a corrupção é:

³⁵ Conforme pesquisa feita pela ICJBrasil, em 2017.

³⁶ Segundo o TSE, em 2016, houve aumento do número de abstenções, votos nulos e brancos nas eleições municipais, somando cerca de 32,5% do eleitorado brasileiro. Informações disponíveis em <<http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2016/noticia/2016/10/abstencoes-votos-brancos-e-nulos-somam-326-do-eleitorado-do-pais.html>>. Acesso em 15 de Abr. 2018.

³⁷ Conforme OECD- Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, 2016. Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/putting-an-end-to-corruption.pdf>. Acesso em 10 Fev. 2018.

³⁸ DELLAGNOL, Deltan. A luta contra a corrupção: a lava jato e o futuro de um país marcado pela impunidade. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 45

“um câncer que corrói o tecido cultural, político e econômico da sociedade e destrói o funcionamento dos órgãos vitais”³⁹

A corrupção, que rouba cerca de 2,3% do PIB brasileiro⁴⁰, é responsável por obras intermináveis, falta de segurança pública decente, mortes por fome no interior do Brasil, inibição do desenvolvimento econômico e humano, ausência de saneamento básico, desgaste do Estado Democrático de Direito, além de ser responsável por afetar as relações econômicas internacionais. Assim, importante o estudo dos instrumentos para o combate a esta ação fraudulenta.

³⁹ No original: “*Corruption is a disease, a cancer that eats into the cultural, political and economic fabric of society, and destroys the functioning of vital organs.*” (AMUNDSEN, Inge. Political corruption: na introduction to the inssue. Development Studies and Human Rights. Working paper n. 1997: 7. Bergen: Chr. Michelsen Istitute, 1999, p. 1. Disponível em: < <https://www.cmi.no/publications/file/1040-political-corruption.pdf>>. Acesso em 10 de Mar. 2018).

⁴⁰ Conforme Relatório feito pela FIESP em 2010. Disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjKk--W4LfbAhWGjZAKHSTXA4cQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fiesp.com.br%2Farquivo-download%2F%3Fid%3D2021&usg=AOvVaw3nuNdZSkRM1WIFoJrzc3Up>. Acesso em 23 de abr. 2018.

2. O COMBATE À CORRUPÇÃO NA ATUALIDADE

O fenômeno da corrupção, como já constatado há tempo, não limita suas consequências ao território de um Estado. Pelo contrário, ante a globalização e intensificação das relações internacionais, os atos ilícitos praticados em uma nação, podem repercutir em grande escala em outra.⁴¹

Além disto, pelo fato de a prática corrupta geralmente estar relacionada aos crimes de lavagem de dinheiro e evasão de divisas, o que implica a transferência de recursos financeiros de um país para outro, é importante a existência de instrumentos de cooperação jurídica entre os diversos países envolvidos, a fim de prevenir e combater os crimes de corrupção, além de possibilitar a repatriação de ativos financeiros que em outros países foram depositados.

Nos dizeres de Antonio Carlos Ozório Nunes⁴², a corrupção no mundo globalizado é “uma questão estrutural e um problema multifacetado que ultrapassa a questão da necessidade de cumprimento das leis e o respeito a códigos de ética”. Para ele, o combate à corrupção implica reformas estruturais e institucionais, além de mudanças sociais em cada Estado.

Ora, já que a corrupção é globalizada, seu combate também precisa o ser, razão pela a qual, além dos instrumentos nacionais, imperioso a análise dos instrumentos internacionais de combate à corrupção.

2.1. INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Muito embora o combate à corrupção esteja, inicialmente, ligado à proteção do patrimônio público, e, portanto, à atuação do próprio Estado por meio de suas políticas públicas para o atingimento deste propósito, em verdade, os primeiros movimentos na esfera internacional tiveram por finalidade a proteção do interesse

⁴¹ Nesse sentido, faz-se recordar da repercussão que escândalo da corrupção na Petrobrás gerou aos investidores dos EUA, que, após acionarem a estatal brasileira na Justiça Americana, conseguiram indenização bilionária, valor superior aos ativos recuperados na operação Lava-jato. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/09/economia/1515510046_487435.html>

⁴² NUNES, Antonio Carlos Ozório. Corrupção: o combate através da prevenção. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). Corrupção, ética e moralidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 15.

privado, voltado ao resguardo do comércio exterior. Nesse sentido, afirma Mônica Nicida Garcia:

"A prevenção e o combate à corrupção remetem, num primeiro momento, à defesa do patrimônio e da moralidade públicas e seria natural que partisse dos Estados e instituições públicas a iniciativa de atuação internacional coordenada, nessa área. Porém, os primeiros movimentos no âmbito internacional no sentido do combate à corrupção não se deram, na verdade, para fins de proteção do patrimônio público, mas sim do patrimônio privado, em prol dos interesses de empresas atuantes no comércio internacional, como demonstram os estudos, na década de 70, da *Securities and Exchange Commission*, dos Estados Unidos da América, relativos a subornos pagos a funcionários públicos estrangeiros por empresas norte-americanas para obtenção de vantagem competitiva sobre as empresas rivais. A preocupação inicial era com práticas de concorrência desleal no âmbito do comércio exterior. A corrupção de funcionários estrangeiros permitia a outorga de vantagens a algumas empresas americanas, o que foi entendido como concorrência desleal, cujo combate deveria ser feito por meio do combate à própria corrupção desses funcionários estrangeiros."⁴³

Assim, observa-se que a preocupação com a criação de instrumentos de cooperação internacional voltados ao combate da corrupção não se deu por vontade do próprio Estado que, ciente das práticas imorais de seus integrantes, buscou reprimi-las. Pelo contrário, deu-se por impulso de empresas privadas que se viram prejudicadas no mercado internacional.

Ora, ante a globalização e o estreitamento das relações entre os diversos Estados internacionais, fez-se preciso criar regulamentos que pudessem proporcionar às diversas nações, que entre si interagem, a segurança jurídica necessária para o trato de seus negócios jurídicos. Assim, por meio dos tratados internacionais, tal anseio pôde ser concretizado, possibilitando-se ajustes entre diversas nações para cooperação mútua, visando a satisfação de suas necessidades comuns em diversos temas.

Ademais, conforme ensina Nádia de Araújo⁴⁴:

"A cada dia aumenta a dependência entre os Estados e o interrelacionamento de toda ordem, comercial e pessoal, entre os cidadãos. Isso resulta em ações no poder Judiciário de cunho transnacional, com reflexos em mais de um país. Deixar de considerar os requerimentos de outras nações implicará, forçosamente, a mesma atitude por parte destas ante nossos pedidos.

O grande crescimento das demandas ativas e passivas envolvendo interesses transnacionais e a correspondente necessidade de produção de atos em um país para cumprimento em outro, são tendências resultantes da crescente internacionalização da economia.

⁴³ GARCIA, Mônica Nicida. Três convenções internacionais anticorrupção e seu impacto no Brasil. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

⁴⁴ ARAUJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 1. ed. Porto Alegre: Revolução EBook, 2016, p. 137-138.

Para se garantir a rapidez e a eficácia do trânsito de atos processuais e jurisdicionais, são necessárias normas especiais, que permitam o cumprimento dessas medidas.”

Dada tal constatação, imperiosa se fez a criação de convenções internacionais, estimulando-se os países para a organização de seus ordenamentos jurídicos a fim de se adaptarem ao combate à corrupção, seja dentro da Administração Pública, seja fora dela.

Como se verá a seguir, três convenções foram importantes para o combate à corrupção: a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, e, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

Por meio de tais convenções, busca-se o comprometimento dos Estados não só para a prevenção e combate dos atos de corrupção em seu território, mas também para o auxílio mútuo quando de investigações e recuperação de ativos que qualquer um deles iniciar.

Tais procedimentos de auxílio são conhecidos como cooperação jurídica internacional, esta que assim é definida por Nádia de Araújo:

“Cooperação jurídica internacional, que é a terminologia consagrada, significa, em sentido amplo, o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de outro Estado. Decorre do fato de o Poder Judiciário sofrer uma limitação territorial de sua jurisdição – atributo por excelência da soberania do Estado-, e precisar pedir ao Poder Judiciário de outro Estado que o auxilie nos casos em que suas necessidades transbordam de suas fronteiras para as daquele.”⁴⁵

Em ampliação ao conceito por ela apresentado, assim aduz Fábio Ramazzini Bechara⁴⁶:

"A cooperação jurídica internacional pode ser definida como o conjunto de atos que regulamenta o relacionamento entre dois Estados ou mais, ou ainda entre Estados e Tribunais Internacionais, tendo em vista a necessidade gerada a partir das limitações territoriais de soberania"

Acrescenta com os seguintes dizeres:

⁴⁵ ARAUJO, Nadia de. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional. In: Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de ativos. Cooperação em matéria penal. Brasília: Secretaria Nacional da Justiça, 2014, p. 31.

⁴⁶ BECHARA, Fabio Ramazzini. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior. 2009. 198 f. Tese (Programa de Pós- graduação em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

"A expressão "cooperação jurídica" tem um significado particular, porquanto não abrange tão somente a cooperação jurisdicional ou judicial, mas também a cooperação administrativa, entre órgãos investigatórios, que igualmente produzem efeitos jurídicos. A qualificação da cooperação como jurídica está muito mais associada aos efeitos que dessa podem advir, do que propriamente à natureza do objeto da cooperação ou a qualidade de quem coopera."

Conceituação igualmente seguida pelo Ministério da Justiça, que informa ser a cooperação jurídica internacional "o instrumento por meio da qual um Estado, para fins de procedimento no âmbito da sua jurisdição, solicita outro Estado medidas administrativas ou judiciais que tenham caráter judicial em pelo menos um desses Estados."⁴⁷

A cooperação jurídica internacional pode ser aplicada, em regra, a todos os ramos do Direito, sendo disciplinada por regulamento interno dos Estados e por tratados.

De acordo com o Ministério da Justiça⁴⁸, os principais instrumentos de cooperação jurídica internacional, em matéria civil, são as cartas rogatórias e o auxílio direto.

O primeiro instrumento, refere-se a pedidos feitos por um juiz de um Estado ao Judiciário de outro ente estatal⁴⁹, para a obtenção de auxílio voltado a prática de certo ato processual, podendo ser ativas (expedidas pelo Estado brasileiro) ou passivas (recebidas de um Estado estrangeiro).

O auxílio direto, por sua vez, é o mecanismo de cooperação que se reduz à realização de uma diligência administrativa em um país, a pedido de outro. Citam-se como exemplos: as comunicações de atos processuais, determinação de medidas cautelares (confisco, sequestro e bloqueio de bens).

Conforme ensina Paulo Henrique Gonçalves Portela:

"Na rogatória há, portanto, um provimento jurisdicional do Estado rogante, ao passo que, no auxílio direto, não há uma decisão do Estado requerente, mas um pedido de que o Estado requerido profira uma decisão que vai ter impacto sobre um caso em curso no ente estatal que pleiteia o auxílio.

⁴⁷ BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Cartilha de cooperação jurídica internacional em matéria penal. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 7. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/arquivos/cartilha-penal-09-10-14-1.pdf>

⁴⁸ BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Cartilha de cooperação jurídica internacional em matéria penal. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 9. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/pedido-de-cooperacao-1/manuais-de-atuacao-1/manual-de-atuacao-drci-materia-civil/view>

⁴⁹ Por óbvio, a relação que se expõe é entre Estados-Nações, e não entre Estados de uma mesma Nação.

Por fim, a rogatória envolve apenas um juízo de delibação das autoridades do ente estatal rogado, ao passo que o pedido de auxílio direto requer uma decisão de mérito do Estado requerido."⁵⁰

De forma geral, a solicitação de providências de um Estado a outro se dá em razão de acordos internacionais, como, por exemplo, pela Convenção da ONU contra a corrupção. Tal tratado multilateral prevê, em capítulo específico, a possibilidade de se solicitar cooperação jurídica apenas com base em seus termos, independentemente da existência de outro acordo ou tratado bilateral. Basta que os países envolvidos sejam partes da referida Convenção.

Procedimentalmente, são dois os caminhos para a concretude da cooperação jurídica entre os países: o ativo e o passivo.

No que tange à cooperação ativa, os pedidos de cooperação são formulados pela autoridade requerente (brasileira), sendo encaminhados à Autoridade Central⁵¹ que, após, transmitirá tais pedidos a sua contraparte no exterior. No caso do Brasil, os pedidos de cooperação são encaminhados independentemente do uso da carta Rogatória e/ou do auxílio direto, bastando o preenchimento de formulário próprio elaborado pelo Ministério da Justiça.

A cooperação jurídica passiva, por sua vez, é o caminho inverso da cooperação ativa: trata-se do recebimento (no Brasil) de pedido de cooperação jurídica feito por outro Estado.

Diferentemente do caminho ativo, tais pedidos de cooperação somente são cumpridos aqui por meio da carta rogatória e/ou do auxílio direto, instrumentos já analisados anteriormente.

Cumprе lembrar que no caso da carta rogatória, a competência para análise dos pedidos de cooperação jurídica recebidos no Brasil é do STJ. Tal órgão, por meio do juízo de delibação, verifica a adequação do que é pedido, notadamente quanto ao respeito à ordem pública e seus aspectos formais, e, após, profere o

⁵⁰ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 715-716.

⁵¹ No Brasil, o Ministério da Justiça foi designado para exercer o papel de Autoridade Central para a cooperação jurídica internacional. Conforme: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Cartilha de cooperação jurídica internacional em matéria penal. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 8. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/arquivos/cartilha-penal-09-10-14-1.pdf>

exequatur, remetendo a carta rogatória no juízo brasileiro competente para cumprimento do ato solicitado pelo Estado estrangeiro.⁵²

No que se refere ao auxílio direto, importante lembrar que para este instrumento não há necessidade de envio ao STJ para concessão do *exequatur*, visto que não se homologa ato jurisdicional estrangeiro, mas sim se conhece os fatos narrados pela autoridade requerente para que então seja proferida uma decisão brasileira. Logo, após chegar ao Brasil, o pedido de auxílio direto é enviado à autoridade competente, que conhecendo os fatos narrados pelo requerente, realizará a diligência, conforme dispõe a legislação brasileira.⁵³

Feitas as considerações atinentes à cooperação jurídica internacional, passa-se ao estudo das três principais convenções internacionais que versam sobre a prevenção e o combate à corrupção, explicitando-se suas disposições quanto à forma de auxílio internacional nelas previsto.

2.1.1. As três principais Convenções Internacionais voltadas ao combate à corrupção

Antes da análise das convenções supracitadas, faz-se importante conceituar a palavra “convenção”, termo comumente utilizado pelos estudiosos do direito internacional.

Segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli⁵⁴, a expressão “convenção” refere-se ao “tipo de tratado⁵⁵ solene (e multilateral) em que a vontade das partes não é propriamente divergente, como ocorre nos chamados tratados-contrato”, ou seja, “convenções” são “atos multilaterais oriundos de conferências internacionais, que versem sobre assuntos de interesse geral”.

⁵² Conforme: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Cartilha de cooperação jurídica internacional em matéria penal. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/arquivos/cartilha-penal-09-10-14-1.pdf>.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público, 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 207.

⁵⁵ Nos dizeres de Mazzuoli, o termo “tratado” é uma expressão genérica por natureza, que fora eleita pela Convenção de Viena (Convenção que regula os tratados) para designar todo acordo internacional. As divisões do tratado em “convenção”, “pacto”, “acordo”, “carta”, “protocolo”, etc foram feitas pela prática convencional geral, dependendo do assunto que cada instrumento versa, de sua finalidade, qualidade das partes, etc.

Embora tal diferenciação, o autor⁵⁶ alerta que no Direito Brasileiro, tal terminologia é utilizada de forma indiscriminada, assim como o termo “tratado”. Ambos os termos ainda se confundem na atualidade.

Pois bem. Apresentando o conceito de convenção, passa-se a análise das três principais relacionadas ao combate à corrupção.

A primeira, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, foi elaborada por um grupo de trabalho da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) em 1994, sendo concluída em 1997, em Paris-França.

Além dos países membros da OCDE, também fizeram parte do tratado, entre outros, o Brasil, a Argentina e o Chile.

Apesar de tal convenção ter entrado em vigor em 1999, no Brasil ela só foi ratificada em 15 de junho de 2000, por meio da promulgação do Decreto n. 3. 678 de 30 de novembro de 2000.

De forma geral, tal convenção buscou fazer com que os Estados signatários adequassem sua legislação interna para a adoção de medidas voltadas ao combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros no contexto do comércio exterior.

Ora, esta convenção teve como lei antecedente a FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*), editada em 1977 pelos Estados Unidos da América, ante os escândalos de corrupção perpetrada por funcionários públicos em seu território.

Não por acaso a primeira preocupação da convenção foi a de se obter de seus Estados-membros a imediata incumbência de criminalização dos atos de corrupção praticados por particulares a fim de angariar vantagens de funcionários públicos no tocante às transações comerciais internacionais. Assim restou definido no artigo primeiro da referida Convenção:

**“Artigo 1
O Delito de Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros**

1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que, segundo suas leis, é delito criminal qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade

⁵⁶ MAZZUOLI, op. cit., p. 206-207.

de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.

2. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que a cumplicidade, inclusive por incitamento, auxílio ou encorajamento, ou a autorização de ato de corrupção de um funcionário público estrangeiro é um delito criminal. A tentativa e conspiração para subornar um funcionário público estrangeiro serão delitos criminais na mesma medida em que o são a tentativa e conspiração para corrupção de funcionário público daquela Parte.

3. Os delitos prescritos nos parágrafos 1 e 2 acima serão doravante referidos como "corrupção de funcionário público estrangeiro".

4. Para o propósito da presente Convenção:

- a) "funcionário público estrangeiro" significa qualquer pessoa responsável por cargo legislativo, administrativo ou jurídico de um país estrangeiro, seja ela nomeada ou eleita; qualquer pessoa que exerça função pública para um país estrangeiro, inclusive para representação ou empresa pública; e qualquer funcionário ou representante de organização pública internacional;
- b) "país estrangeiro" inclui todos os níveis e subdivisões de governo, do federal ao municipal;
- c) "a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais" inclui qualquer uso do cargo do funcionário público, seja esse cargo, ou não, da competência legal do funcionário."⁵⁷ **(Sem destaques no original).**

O Brasil, embora não fosse membro da OCDE, não demorou a criar em sua legislação interna o crime de corrupção por particulares contra a Administração Pública Estrangeira, visto que no ano de 2002, editou a Lei n. 10.467/2002 que acrescentou ao vigente Código Penal os artigos 337-B, 337-C e 337-D⁵⁸.

A Convenção Anticorrupção da OCDE também inseriu em seus termos a necessidade da responsabilização de pessoas jurídicas (art. 2º.)⁵⁹, da aplicação de sanções efetivas (art. 3º.), de criação de um regime prescricional adequado para fins de investigação dos delitos de corrupção (art. 6º.), além de compromissar os países-partes na necessária fiscalização e imposição da efetiva manutenção de livros e registros contábeis por particulares, além de exigir a divulgação de declarações financeiras, a fim de coibir o "caixa dois", aplicando-se, inclusive, penalidades civis, administrativas e criminais efetivas.

⁵⁷ BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2.000, Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em 20 ago. 2018.

⁵⁸ Por tais artigos, foram criados os crimes de (i) Corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B), (ii) Tráfico de influência em transação comercial internacional (art. 337-C), além de se definir o "funcionário público estrangeiro" (art. 337-D), para fins de aplicação dos artigos anteriores.

⁵⁹ Desta necessidade, o Brasil sancionou a Lei 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Outro ponto importante constante em tal Convenção, foi a instituição da “assistência jurídica recíproca” (art. 9º.), para que cada país providenciasse o auxílio necessário ao outro na condução de investigações e processos criminais que forem instaurados para apuração dos delitos abrangidos pela Convenção. Tal cooperação se mostra tão essencial que a parte sequer poderá recusar prestar as informações de assistência, alegando sigilo bancário das partes envolvidas (item 3).

De forma geral, esta primeira Convenção é um importante instrumento para a responsabilização de particulares corruptores de funcionários públicos, diferentemente das Convenções que serão analisadas adiante, visto que somente se referem à responsabilização de agentes públicos pela prática de atos de corrupção.

Nesta linha, tem-se a Convenção Interamericana contra a Corrupção, que foi aprovada no âmbito da OEA (Organização dos Estados Americanos), em 20 de março de 1996, em Caracas- Venezuela.

No Brasil, ela foi internalizada com a aprovação do Legislativo (Decreto Legislativo n. 152/2002), sendo promulgada pelo Executivo em 7 de outubro de 2002, pelo Decreto n. 4.410.

Trata-se um instrumento que tem por objetivo o fortalecimento da prevenção, detecção e punição de atos de corrupção, além de estabelecer cooperação jurídica entre os países signatários, eis que seu próprio preâmbulo assim informa:

“Preâmbulo

OS ESTADOS MEMBROS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS,

CONVENCIDOS de que a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos;

CONSIDERANDO que a democracia representativa, condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região, exige, por sua própria natureza, o combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas e aos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício;

PERSUADIDOS de que o combate à corrupção reforça as instituições democráticas e evita distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social;

RECONHECENDO que, muitas vezes, a corrupção é um dos instrumentos de que se serve o crime organizado para concretizar os seus fins;

CONVENCIDOS da importância de gerar entre a população dos países da região uma consciência em relação à existência e à gravidade desse problema e da necessidade de reforçar a participação da sociedade civil na prevenção e na luta contra a corrupção;

RECONHECENDO que a corrupção, em alguns casos, se reveste de transcendência internacional, o que exige por parte dos Estados uma ação coordenada para combatê-la eficazmente;

CONVENCIDOS da necessidade de adotar o quanto antes um instrumento internacional que promova e facilite a cooperação internacional para combater a corrupção e, de modo especial, para tomar as medidas

adequadas contra as pessoas que cometam atos de corrupção no exercício das funções públicas ou especificamente vinculados a esse exercício, bem como a respeito dos bens que sejam fruto desses atos;
 PROFUNDAMENTE PREOCUPADOS com os vínculos cada vez mais estreitos entre a corrupção e as receitas do tráfico ilícito de entorpecentes, que ameaçam e corroem as atividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade, em todos os níveis;
 TENDO PRESENTE que, para combater a corrupção, é responsabilidade dos Estados erradicar a impunidade e que a cooperação entre eles é necessária para que sua ação neste campo seja efetiva; e
 DECIDIDOS a envidar todos os esforços para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas e nos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício,
 CONVIERAM em assinar a seguinte (...)⁶⁰

Por tal Convenção, os países reconhecem a transcendência internacional do mal da corrupção, e por isto, a cooperação entre eles se faz importante para o atingimento dos propósitos elencados no Artigo II, quais sejam: (i) a promoção e fortalecimento do desenvolvimento, pelos países signatários, de mecanismos para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, bem como (ii) a promoção e facilitação da cooperação jurídica entre os Estados, visando a concretude das medidas e ações voltadas ao atendimento do propósito anterior diretamente relacionado ao setor público.

Neste cenário, as doze medidas preventivas estampadas no Artigo III se apresentam como guia a fim de que os propósitos supracitados sejam atingidos. Dentre elas, destacam-se a criação de normas de conduta para o desempenho correto, honrado e adequado das funções públicas (item 1), mecanismos para tornar efetivo o cumprimento da medida anterior (item 2), órgãos de controle superior para prevenção, fiscalização e combate da corrupção (item 9), e, mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e de organizações não-governamentais nos esforços para prevenir a corrupção (item 11).

Merecem destaque duas outras medidas dispostas no artigo II.

A primeira, concernente ao item 4, alerta para a criação e manutenção de sistemas voltados à declaração de receitas, ativos e passivos pelas pessoas que desempenham funções públicas, o que possibilita o acompanhamento da evolução de seus patrimônios. No Brasil, tal medida já estava concretizada quando da obrigatoriedade de declaração anual de bens pelos agentes públicos, condicionando

⁶⁰ BRASIL. Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002, Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/2002/D4410a.htm. Acesso em 20 de ago. 2018.

a posse e o exercício da função estatal ao cumprimento de tal obrigação, nos termos do art. 13 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992).

O segundo item que importa destaque é o de número 5, pois orienta os Estados signatários à criação de sistemas de recrutamento de funcionários públicos e a aquisição de bens e serviços por parte do Estado de forma a assegurar a transparência, equidade e eficiência. No Brasil, esta orientação pode ser constatada pela exigência estampada no artigo 37, incisos II e XXI, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

(...)

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.

(...)”

Não bastasse a indicação de medidas para o combate à corrupção, a Convenção da OEA apresenta exemplos de atos de corrupção (artigo VII), não conceituando, entretanto, o termo “corrupção”. Também apresenta disposições sobre assistência e cooperação internacional (artigo XIV) e sobre o sigilo bancário (artigo XVI).

De forma geral, tal Convenção opera como um instrumento provocador ao combate à corrupção nos diversos ramos do direito, como o financeiro, administrativo, penal, etc.

Por fim, tem-se a Convenção da ONU (Organização das Nações Unidas) contra a Corrupção, finalizada em 15 de dezembro de 2003, em Mérida- México.

No Brasil, passou a vigorar em 2006, quando promulgada pelo Decreto 5.687 de 31 de janeiro de 2006.

Em termos de extensão, é a Convenção de maior tamanho dentre as anteriores, possuindo 71 artigos⁶¹, firmada sob quatro grandes pilares: (i) prevenção à corrupção, (ii) penalização e aplicação da lei, (iii) cooperação Jurídica Internacional, e, (iv) recuperação de ativos.

O primeiro pilar (Capítulo II- arts. 5 a 14) apresenta orientações sobre políticas e prática de prevenção à corrupção, como a criação de órgão encarregados de difundir conhecimento a fim de evitar a prática de atos corruptos, criação de códigos de conduta aos funcionários públicos, aumento da transparência na Administração Pública, garantia da independência do Ministério Público e do Poder Judiciário, além da constituição de medidas voltadas a prevenir a lavagem de dinheiro. Neste ponto, a Convenção traz como incentivo a adoção, em caráter permanente, de políticas voltadas à prevenção da corrupção.

Segundo Antonio Carlos Ozório Nunes, o Estado deve possuir mecanismos democráticos voltados à transparência, além de aperfeiçoar os mecanismos de controle sobre o exercício da função pública. Neste sentido, sugere possíveis mudanças à estrutura do Estado, que deve:

“1.1 Promover a existência e manutenção de um equilibrado sistema de freios e contrapesos dos Poderes, pelo qual um poder deve controlar o outro e devem controlar a si próprios através de mecanismos de fiscalização, controle e correções.

1.2. Garantir um equilíbrio entre o modelo de Estado abstencionista e o Estado assistencialista. O crescimento das funções de governo eleva os gastos públicos e gera desperdício e corrupção, reduzindo, através das falhas do governo, o bem-estar social. Desta forma, o excesso de regulamentação é ruim, pois gera perda de eficiência e corrupção, ao mesmo tempo em que privilegia determinados grupos, chamados de caçadores de renda ou *"rent-seeking"* em prejuízo do conjunto da sociedade”⁶²

Segundo o autor⁶³, “o ideal é que o Estado reduza a sua participação no mercado o que faria evitar as falhas de competição e o crescimento do *"rent-seeking"*”. No mais, alerta: “esta redução deve ser dentro da razoabilidade e de

⁶¹ BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 20 de ago. 2018.

⁶² NUNES, Antonio Carlos Ozório. Corrupção: o combate através da prevenção. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). Corrupção, ética e moralidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 26.

⁶³ NUNES, op. cit., p. 26.

forma suficiente para que o Estado realize as suas funções básicas nas áreas da saúde, educação, segurança, e outras áreas elementares”.

De fato, a participação do Estado no mercado pode acarretar o aumento de ações dos caçadores de renda, que ante o excesso de regulamentação e burocracia, agem, muitas vezes, de forma ilícita, corrompendo agentes públicos para a maximização de seus rendimentos no mercado.

No que se refere ao segundo pilar (Capítulo III- arts. 15-42), são elencadas orientações para a criminalização de certas condutas, bem como lista como essenciais a responsabilização de pessoas jurídicas, a proteção de testemunhas, peritos e vítimas, além de instruções para apreensão e confisco do produto ou proveito do crime. Neste capítulo, igualmente se repete a orientação voltada à eliminação de obstáculos que surjam como consequência da aplicação de legislação relativa ao sigilo bancário.

Destaque-se, outrossim, no que tange a este tema, esta Convenção possibilita a devolução integral dos ativos relacionados ao crime de corrupção ao Estado-vítima, sendo este o princípio fundamental do texto convencional, conforme se observa de seu art. 51, *in verbis*:

“A restituição de ativos de acordo com o presente Capítulo é um princípio fundamental da presente Convenção e os Estados Partes se prestarão à mais ampla cooperação e assistência entre si a esse respeito.”

Quanto ao terceiro pilar (Capítulo IV- arts. 43-50), enfatizam-se aspectos relacionados ao auxílio nas investigações e procedimentos correspondentes às questões civis e administrativas relacionadas à corrupção. Extradicação, traslado de pessoas condenadas e assistência judicial recíproca também são temas discorridos no referido capítulo.

Por fim, o quarto pilar (Capítulo V- arts. 51-59) busca a cooperação dos países para que seja possibilitada a manutenção dos interesses de vítimas e legítimos donos de recursos financeiros desviados. Para tanto, há orientação com vistas à exigência de identificação de titulares de contas bancárias, bem como beneficiários finais de fundos depositados em contas vultosas, além da análise minuciosa de contas bancárias de agentes públicos e seus familiares. Também requer a cooperação jurídica para o fim de confisco de bens e de recuperação direta de bens.

Como se pode perceber, a Convenção da ONU contra a corrupção tem elevado nível de detalhamento frente às anteriores. Especificações que podem ser explicadas pelo fato de nela haver grande número de países signatários, com diferenças marcantes entre si quanto a tradições, localização geográfica, língua, desenvolvimento social, político e econômico. Ora, são 140 países signatários desta Convenção⁶⁴ contra 44 da Convenção da OCDE⁶⁵, e, 28 da Convenção Interamericana⁶⁶.

2.2. O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL

Como já discorrido, o estreitamento das relações internacionais foi determinante para a tomada de ações por diversos países com vistas ao combate da corrupção. No Brasil, tal cenário não foi diferente, isto pois, como se verá a seguir o país vem empreendendo em ações estatais, por meio da edição de leis e da persecução judicial, para a prevenção e combate aos atos corruptos em seu território.

Em que pese o combate à corrupção tenha ganhado força recentemente razão das operações deflagradas pela Polícia Federal e pelos Ministérios Públicos Federal e Estadual que se ampararam na mais atual legislação voltada para este fim, insta apontar que no país já havia outros instrumentos que, embora esparsos, possibilitavam a repressão de atos ímprobos.

Um primeiro instrumento a ser citado é o próprio Código Penal, datado de 1940⁶⁷. Este, além dos diversos crimes, previu os crimes contra a Administração Pública, como corrupção ativa (art. 333), corrupção passiva (art. 317), concussão (art. 316), peculato (art. 312), além do já mencionado crime de corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B) e tráfico de influência em transação comercial internacional (art. 337-C), ambos incluídos no ano de 2002, ante a adesão do Brasil à Convenção sobre o combate à corrupção de funcionários públicos em transações comerciais.

⁶⁴ Informação extraída do portal “UNODC- United Nations Office on Drugs and Crime”, disponível em <http://www.unodc.org/unodc/en/corruption/uncac.html>.

⁶⁵ Informação extraída do portal “OECD- The Organization for Economic Co-operation and Development”, disponível em <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>.

⁶⁶ Informação extraída do portal “OAS- Organization of American States”, disponível em http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption_signatories.asp.

⁶⁷ Nos termos de seu art. 341, sua vigência somente se iniciou em 1º de janeiro de 1942.

Em 1941 editou-se o Decreto-lei n. 3.240 com o fim de regular o sequestro de bens de pessoas indiciadas por crimes que resultavam em prejuízo para a Fazenda Pública. Tal legislação, por expressa disposição, somente se aplica aos crimes definidos no Livro II, Títulos V, VI e VII do Código Penal de 1890.⁶⁸

Em ampliação a tais instrumentos, posterior a Constituição Federal, tivemos:

(i) Lei de improbidade administrativa- Lei n. 8.429/1992, que prevê a responsabilidade de agentes públicos e privados⁶⁹ por atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário ou atentam contra os princípios da Administração Pública. Dentre as penas previstas nesta lei, há perda de bens ou valores que foram acrescidos ilicitamente ao patrimônio dos agentes, dever de ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa, e, proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios fiscais.

(ii) Lei de licitações públicas- Lei n. 8.666/1993, que além de disciplinar o procedimento licitatório a fim de minorar as chances de favorecimentos e subjetivismos nas contratações públicas, prevê penalidade criminais para as hipóteses de fraudes às licitações (Capítulo IV, Seção III- arts. 89 e seguintes).

(iii) Lei de Lavagem de dinheiro e criação do COAF- Conselho de Controle de Atividades Financeiras- Lei n. 9.613/1998. Esta lei tem grande importância no combate à corrupção, pois possibilitou o rastreamento de bens e valores envolvidos em operações financeiras suspeitas, além de penalizar criminalmente as pessoas que ocultam ou dissimulam a origem, localização ou propriedade de bens e valores provenientes de crimes.

(v) Lei da Transparência- Lei Complementar n. 131/2009, que determina a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução

⁶⁸ A título exemplificativo, elencam-se os seguintes crimes: “Art. 376. Estabelecer, sem licença do Governo, fabrica de armas, ou pólvora; Art. 377. Usar de armas offensivas sem licença da autoridade policial; Art. 378. Conservar soltos, ou guardados sem cautela, animaes bravios, perigosos, ou suspeitos de hydrophobia; deixar, neste ultimo caso, de dar aviso á autoridade publica para providenciar como o caso exigir; Deixar vagar loucos confiados á sua guarda, ou, quando evadidos de seu poder, não avisar a autoridade competente, para os fazer recolher; Receber em casa particular, sem aviso prévio á autoridade, ou sem autorização legal, pessoas affectadas de alienação mental; Art. 379. Usar de nome supposto, trocado ou mudado, de titulo, distinctivo, uniforme ou condecoração que não tenha; Usurpar titulo de nobreza, ou brazão de armas que não tenha; Disfarçar o sexo, tomando trajos improprios do seu, e trazel-os publicamente para enganar: Art. 381. Fingir-se empregado publico: Pena - de prisão cellular por um a tres mezes. Si por esse meio conseguir obter de outrem dinheiro ou utilidade: Penas - as do art. 338.”

⁶⁹ Nos termos da Lei, “Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”

orçamentária e financeira da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A lei estabelece que os gestores públicos disponibilizem informações financeiras relacionadas as suas despesas, como salários de funcionários públicos, gastos com obras e licitações, etc.⁷⁰ Por meio desta lei, foram criados os Portais da Transparência, a fim de que fossem disponibilizadas as informações previstas.⁷¹

(vi) Lei de Acesso a Informações- Lei n. 12.527/2011, que regula o direito de informação previsto no art. 5º., XXXIII, art. 37, § 3º., II, e art. 216, § 2º., ambos da CF/88⁷², obrigando os órgãos públicos, assim como as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam incentivos do Poder Público.

(vii) Lei Anticorrupção- Lei n. 12.846/2013⁷³, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Por tal lei, há expressa responsabilização da pessoa jurídica, de forma objetiva, pelos atos lesivos que forem praticados em seu interesse ou benefício, além da responsabilidade individual dos dirigentes destas empresas. Seja qual for o caso, a aplicação de penalidade na esfera administrativa não impede a aplicação de sanções na esfera judicial,

⁷⁰ Tal regramento somente tem aplicação aos gestores do Poder Executivo. No Poder Judiciário, há igualmente previsão de disponibilização de informações financeiras, ante o disposto nas Resoluções do CNJ: (i) n. 79/2009- disponibilização de informações orçamentárias e financeiras, (ii) n. 102/2009- disponibilização de informações sobre quadros de pessoal e respectivas estruturas remuneratórias, (iii) n. 195/2009- disponibilização do relatório de propostas orçamentárias, (iv) n. 215/2015- disponibilização da folha de pagamento dos servidores e membros do Poder Judiciário, (v) n. 219/2016- dispõe sobre a distribuição de servidores, cargos em comissão, e funções de confiança nos órgãos do Poder Judiciário, e, (vi) n. 276/2016- que regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário.

⁷¹ Dentre os portais, elencam-se: (i) Portal da Transparência do Governo Federal (Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/>), (ii) Portal da Transparência do Governo do Estado de São Paulo (Disponível em: <http://www.transparencia.sp.gov.br/>), e, (iii) Portal da Transparência da Prefeitura de São Paulo (Disponível em: <http://transparencia.prefeitura.sp.gov.br/Paginas/home.aspx>).

⁷² *In verbis*: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...) § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.”

⁷³ Esta lei é o paralelo das legislações internacionais: FCPA (nos Estados Unidos), e, UK Bribery Act (no Reino Unido), que dispõem

conforme estampa o art. 18 da referida lei. No mais, por tal lei, há possibilidade de se fazer acordos de leniência entre as autoridades públicas e as empresas envolvidas em atos lesivos ao patrimônio público.

(viii) Lei de Organização Criminosa- Lei n. 12.850/2013, que define a organização criminosa, bem como dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser adotado para a modalidade de crime. Esta lei tem grande relevância, pois, traz em seu artigo 3º, diversos meios de obtenção de prova, a fim de dismantelar as organizações criminosas. *In verbis*:

“Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;
 II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;
 III - ação controlada;
 IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;
 V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;
 VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;
 VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

§ 1º Havendo necessidade justificada de manter sigilo sobre a capacidade investigatória, poderá ser dispensada licitação para contratação de serviços técnicos especializados, aquisição ou locação de equipamentos destinados à polícia judiciária para o rastreamento e obtenção de provas previstas nos incisos II e V.

§ 2º No caso do § 1º, fica dispensada a publicação de que trata o parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo ser comunicado o órgão de controle interno da realização da contratação.”⁷⁴

Como se observa, o legislador possibilitou a utilização de diversos meios de obtenção de provas, a fim de que, de fato, houvesse efetivo combate aos crimes organizados, os quais abarcam os atos de corrupção. No mais, como a criminalidade organizada se caracteriza pelo conluio de mais de quatro pessoas, que agem de maneira estruturalmente ordenada, com divisão de tarefas, necessário se fez a

⁷⁴ BRASIL. Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em 25 de ago. 2018.

criação de legislação específica e com maior poder investigatório, visto que os procedimentos até então vigentes não possibilitavam a efetiva persecução criminal em face do grupo criminoso especializado.

Por meio deste e outros instrumentos de combate à corrupção, a ação estatal se apresenta mais forte no cenário brasileiro, ainda mais com a atuação de diversos órgãos públicos compromissados com esta nova realidade, dentre eles: CGU- Controladoria-Geral da União, TCU- Tribunal de Contas da União, Polícia Federal, Ministérios Públicos (União e Estados) e Poder Judiciário. A seguir, será apresentado, de forma geral, os principais objetivos de tais órgão. De antemão, registra-se que eles não serão analisados com profundidade, tampouco será feita qualquer análise crítica do trabalho que eles desempenham.

Quanto à Controladoria-Geral da União (CGU), criada em 2003, trata-se de órgão de controle interno do Governo Federal, que realiza “atividades relacionadas à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio de ações de auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria”⁷⁵. Sua missão é “promover o aperfeiçoamento e a transparência da gestão pública, a prevenção e o combate à corrupção, com participação social, por meio da avaliação e controle das políticas públicas e da qualidade do gasto”⁷⁶

O Tribunal de Contas da União (TCU), por sua vez, tem por missão “aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo”⁷⁷. Trata-se de “um tribunal administrativo, que julga os administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos federais, bem como as contas de qualquer pessoa que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário”⁷⁸. Sua função é auxiliar o Poder Legislativo, orientando-o no exercício do controle externo⁷⁹ dos gastos públicos, conforme art. 71, CF/88, *in verbis*:

⁷⁵ Conforme informações institucionais constantes no portal da CGU, disponível em <http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional>

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ Tribunal de Contas da União. Referencial de combate à fraude e a corrupção. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/referencial-de-combate-a-fraude-e-corrupcao.htm>

⁷⁸ Informação disponível em <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/funcionamento/>

⁷⁹ O controle externo dos gastos públicos é uma das atividades incumbidas ao Poder Legislativo, nos termos do art. 70, CF/88.

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)”.⁸⁰

Segundo Uadi Lammêgo Bulos⁸¹, a iniciativa para criação do Tribunal de Contas se deu ainda no Império, sendo somente constitucionalizado pela Carta da República (1981), previsão que se manteve nas Constituições seguintes, tal qual em nossa atual Carta Magna.

Além destes, podem-se citar os Ministérios Públicos (Federal e Estadual) e o Poder Judiciário. Aquele, por meio de suas investigações conjuntas com as polícias federais e civis, além da realização de diversas forças tarefas de combate à corrupção, tais como “Zelotes”⁸², “Lava Jato”⁸³, “Sanguessuga”⁸⁴, “Mensalão”⁸⁵. Este, por meio da aplicação efetiva da lei, possibilitando a prevenção e repressão da corrupção.

⁸⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

⁸¹ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional, 8ª. Ed, Rev. E Atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1235.

⁸² Deflagrada em 26/03/2015, trata-se de “operação que visa apurar suspeitas de manipulação de julgamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, ligado ao Ministério da Fazenda. Estima-se que R\$ 19,6 bilhões de reais deixaram de ser recolhidos aos cofres públicos por fraudes em mais de 70 julgamentos realizados entre 2005 e 2013”, conforme o Ministério Público Federal (disponível em: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf>)

⁸³ Trata-se da ação conjunta do Ministério Público Federal e Polícia Federal para investigação sobre doleiros, deflagrada em 17/03/2014, conforme informações do Ministério Público Federal (disponível em <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf>)

⁸⁴ Trata-se de atuação conjunta do Ministério Público Federal com a Controladoria Geral da União, que revelaram a existência de uma organização criminosa que desviava verbas federais do Fundo Nacional de Saúde desde 2000.

⁸⁵ Refere-se ao escândalo de corrupção mais conhecido no Brasil, cujo esquema consistia na compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional em troca de apoio.

3. A LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA A PRÁTICA DA CORRUPÇÃO

Inicialmente, necessário se faz explicar o porquê de se nomear este capítulo como sendo “a licitação como instrumento para a prática da corrupção”.

Como sabido, o procedimento licitatório nasce com a ideia de se garantir maior igualdade e publicidade quando das contratações públicas, possibilitando, também, o controle dos gastos públicos. Eis a sua real essência.

Em que pesem os motivos de sua criação, o ideal deste procedimento vem se perdendo, à medida que os agentes públicos dele se valem para cometer irregularidades e atos ilícitos.

Aquilo que nasce como meio de contribuição para o combate à corrupção, é reduzido a um mero instrumento para a sua prática, visto que há grande manipulação em suas etapas, conforme se propõe demonstrar a seguir.

Assim, para melhor sistematização desta exposição, dividir-se-á este capítulo em dois pontos. O primeiro versará sobre os aspectos gerais da licitação enquanto procedimento lícito e perquirido pelo Estado Democrático de Direito. O segundo, por sua vez, terá como enfoque a maneira como o procedimento lícito se torna ilícito, ou seja, se aterá ao desvirtuamento do procedimento licitatório.

3.1. OS ASPECTOS GERAIS DA LICITAÇÃO

Como bem se sabe, a Administração Pública, a fim de atingir o interesse público, atua diretamente, bem como celebra contratos administrativos com entes privados, atribuindo-lhes a responsabilidade da realização de obras e prestação de serviços.

Diferentemente de pessoas privadas, que podem dispor, alienar e adquirir bens e serviços por mero arbítrio, escolhendo as propostas e parceiros que melhor lhe agradam, a Administração Pública, por sua vez, necessita adotar um rigoroso procedimento para a celebração de contratos de compras e prestação de serviços diversos. Este procedimento é chamado de licitação.

Nos ensinamentos de José Afonso da Silva, a licitação é “um procedimento administrativo destinado a provocar propostas e a escolher proponentes de

contratos de execução de obras, serviços, compras ou de alienações do Poder Público.”⁸⁶

Neste mesmo sentido, informa Hely Lopes Meirelles⁸⁷:

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

Complementa:

“Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a: Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. Tem como pressuposto a competição.”

A obrigatoriedade de contratação por meio do procedimento licitatório decorre do mandamento estampado no art. 37, XXI da Carta Magna, que diz:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
(...)

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.”⁸⁸

Procedimento que igualmente deve ser observado pelas empresas públicas, nos termos do art. 173, § 1º, da Constituição Federal:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

⁸⁶ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 38 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 683.

⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado (Colab.). Direito administrativo brasileiro. 42. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 310.

⁸⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicaocompilado.htm>

(...)
 III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações,
 observados os princípios da administração pública;
 (...)⁸⁹

No mesmo sentido, tal exigência se aplica às concessões e permissões de serviços públicos, consoante o art. 175 do texto constitucional:

“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.”⁹⁰

Como se pode observar, a Constituição Federal dispõe, de forma clara e específica, que o procedimento da licitação deve ser observado tanto pela administração direta, como pela indireta, fundacional, empresas públicas, órgãos do Poder Público, o que é repisado no art. 1º da Lei de Licitações⁹¹. Todos devem se valer dela, a fim de que haja preservação e proteção do interesse público, bem como dos princípios da igualdade/isonomia e impessoalidade, minando, por consequência, favorecimentos entre gestores públicos e os particulares. A licitação busca, portanto, prevenir a ocorrência de improbidade por parte do administrador, servindo, *ab initio*, como mecanismo de combate à corrupção.

Além disto, a licitação tem por objetivo possibilitar à Administração Pública a celebração de negócios mais vantajosos, visto que se terá maior competitividade entre os interessados em licitar, que apresentaram suas propostas com vistas a vencer a licitação e contratar com o Poder Público.

De forma geral, é o que se extrai do procedimento licitatório, que é regulado pela Lei n. 8.666/93. Cujo conjunto principiológico tem como base: a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a igualdade, a publicidade, a probidade administrativa, a vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo.

⁸⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Assim dispõe: "Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios."

Como se sabe, o princípio da legalidade é basilar à atividade administrativa. Na licitação, não seria diferente, sendo, pois, de grande relevância ao procedimento licitatório, visto que este é totalmente vinculado ao que dispõe a lei.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º” (da Lei 8.666/93) “têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei”⁹², e, se este direito não for observado, o licitante que se sentir lesado ou qualquer cidadão poderá acionar o Poder Judiciário a fim de impugnar o procedimento.

No que se refere ao princípio da moralidade/probidade administrativa, embora tratados como princípios autônomos, versam sobre a mesma ideia, qual seja o respeito à honestidade, boa-fé e ética no procedimento licitatório.

Em relação ao princípio da impessoalidade, intimamente ligado ao princípio da isonomia, requer que a Administração trate a todos que estejam na mesma situação jurídica de forma igual. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“O princípio da impessoalidade encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração.”⁹³

Ora, como nos ensina o autor, a impessoalidade implica respeitar o princípio da igualdade. Este, cujo conteúdo vai além daquele, também abarca a oportunidade de seu uso por qualquer interessado, que desejando participar da licitação, devem oferecer somente as indispensáveis garantias de qualificação técnica e econômica, nada mais. Tal princípio tem origem no art. 5º da CF, qualificado pela Carta Magna como direito fundamental.

Quanto ao princípio da publicidade, fundamental a qualquer República⁹⁴, pode ser caracterizado pela ampla divulgação da licitação, a fim de que suas regras sejam difundidas a um elevado número de pessoas, seja para que dela se possibilite participar, seja para impugnação de suas fases. Em sintonia com este princípio, cita-se a lei de acesso a informações (Lei n. 12.517/11), que em seu art. 8º, § 1º estabelece que, entre as informações que devem ser disponibilizadas pelo Poder

⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27ª ed- São Paulo: Atlas, 2014, p.384

⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 541-542.

⁹⁴ Vem do latim “*Res publica*”, que significa “coisa do povo/ coisa pública”.

Público, estão as concernentes aos procedimentos licitatórios, com seus respectivos editais, resultados e contratos que forem celebrados.

Finalmente, tem-se os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. O primeiro importa em uma garantia às partes (Administração e administrados), pois significa que as regras definidas para o procedimento licitatório devem ser respeitadas por todos. O segundo, que é consequência do primeiro, consiste em informar a todos que os critérios de julgamento adotados no edital de convocação devem ser seguidos estritamente, afastando-se eventuais surpresas aos participantes da competição. Desde modo, evitar-se-á que a licitação seja decidida por impulsos subjetivistas.

Passado tal ponto, importante a análise do procedimento licitatório em si.

Como se sabe, a celebração de contrato pela a Administração Pública em regra deve ser precedida de licitação, exceto nas hipóteses de (i) Inexigibilidade de licitação (visto que ausente a competitividade) - art. 25, Lei de Licitações, (ii) dispensa de licitação (visto a autorização legislativa)- art. 17 da Lei de Licitações quando da licitação dispensada, e, art. 24, quando da licitação dispensável.

Neste trabalho não se estudará as hipóteses de ausência de licitação acima elencadas, mas sim da contratação realizada por meio da licitação, tendo como foco as modalidades de licitação existentes e o procedimento licitatório em si, abordando-os de forma sucinta.

São seis as modalidades de licitação. Cinco delas previstas na Lei 8.666/1993 (art. 22)- concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão, e, uma prevista na Lei 10.520/02- o pregão.

A lei 8.666/1993, a fim de diferenciar cada modalidade de licitação, trouxe em seu artigo 22, as seguintes conceituações:

“§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.⁹⁵

Cada modalidade possui um procedimento distinto, conforme critérios previstos na lei, levando-se em conta a natureza do objeto a ser licitado ou o seu valor, que na maioria dos casos é estimado.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho⁹⁶, “a concorrência é a modalidade de licitação adequada a contratações de grande vulto”, e, em razão de “os recursos financeiros a serem empregados pela Administração serem mais elevados, essa modalidade é a que apresenta, em seu procedimento, maior rigor formal e exige a mais ampla divulgação.” Eis o porquê desta modalidade abarcar quaisquer pessoas interessadas na licitação e que demonstrem os requisitos mínimos necessários, ante as suas características principais da ampla publicidade e do maior formalismo procedimental.

Seu uso é obrigatório quando se tratar de obras e serviços de engenharia acima de R\$ 3.300.000 (três milhões e trezentos mil reais), e, compras e outros serviços que não sejam de engenharia acima de R\$ 1.430.000,00 (hum milhão, quatrocentos e trinta mil reais). Além destas hipóteses, citam-se (i) concessão de direito real de uso (Lei 8.666/1993, art. 23, § 3º); (ii) para registro de preços, com a ressalva de que, além da concorrência, pode ser utilizada a modalidade pregão se o objeto a ser registrado for bem ou serviço considerado comum (art. 15, § 3º, I, da Lei 8.666/1993 combinado com o art. 11, da Lei 10.520/2002); (iii) concessões florestais (Lei 11.284/2006, art. 13, § 1º); (iv) concessões especiais de serviços públicos objeto de parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004, art. 10); (v) concessão comum de serviços públicos (Lei 8.987/1995, art. 2º, I e II).

Tomada de preço, por sua vez, é “a modalidade de licitação entre interessados previamente cadastrados nos registros dos órgãos públicos e pessoas administrativas, ou que atendam a todas as exigências para cadastramento até o

⁹⁵ BRASIL. Lei nº 8.666. Promulgada em 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm

⁹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo, 31. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Atlas, 2017, p. 201.

terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas”⁹⁷. Trata-se da modalidade menos severa, em termos de formalidade, cujos valores são intermediários: obras e serviços de engenharia até R\$ 3.300.000 (três milhões e trezentos mil reais), e, compras e outros serviços que não sejam de engenharia até R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).

Quanto ao Convite, trata-se da modalidade com menor formalismo, já que se restringe à contratação de menor montante: obras e serviços de engenharia até R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), e, compras e outros serviços que não sejam de engenharia até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais). Para esta modalidade, não há edital. Seu instrumento convocatório denomina-se carta-convite que é enviada a três interessados que atuam no ramo do que se busca contratar.

Outra modalidade é a de concurso, a qual, segundo Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁹⁸: “é cabível apenas para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico (art. 22, § 4º) , devendo ser a modalidade escolhida preferencialmente para os contratos de prestação de serviços técnicos profissionais especializados, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração (art. 13, § 1º) .”

José dos Santos Carvalho Filho⁹⁹, aduz que por tal modalidade, a “Administração não pretende contratar com ninguém, ao menos em princípio. Quer apenas selecionar um projeto de cunho intelectual e a seu autor conceder um prêmio ou determinada remuneração”, estes que só serão pagos ao autor que à Administração ceder os direitos patrimoniais relativos ao projeto, permitindo que ela dele faça uso.

Derradeiro na Lei de Licitações, a modalidade de leilão tem três objetivos: (i) vender bens móveis inservíveis, (ii) vender produtos legalmente apreendidos ou penhorados, (iii) alienar bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou por dação em pagamento.

Por fim, tem-se a modalidade de pregão que é utilizada para a aquisição de bens e serviços comuns, sendo considerados todos “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”, conforme art. 1º., p.u., Lei 10.520/2002.

⁹⁷ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 202.

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 27ª ed- São Paulo: Atlas, 2014, p. 414.

⁹⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 204.

De maneira geral, observa-se que para cada modalidade licitatória, há características e procedimentos específicos. Apesar disto, em qualquer delas, duas fases podem ser extraídas: fase interna e fase externa.

Celso Antonio Bandeira de Mello assim as diferencia:

“A interna é aquela em que a promotora do certame, em seu recesso, pratica todos os atos condicionais a sua abertura; antes, pois, de implementar a convocação dos interessados. A etapa externa - que se abre com a publicação do edital ou com os convites - e aquela em que, já estando estampadas para terceiros, com a convocação de interessados, as condições de participação e disputa, irrompe a oportunidade de relacionamento entre a Administração e os que se propõem afluír ao certame.”¹⁰⁰

A primeira fase se restringe a todos os atos preparatórios para o início do procedimento licitatório, ou seja, refere-se a todos os atos anteriores a convocação dos interessados. Neste sentido, ensina Ricardo Alexandre¹⁰¹, para quem a fase interna é:

“composta por todos os atos praticados antes da convocação dos interessados para participarem do certame. Trata-se de uma etapa gestacional da licitação, durante a qual se verifica a real necessidade e conveniência da contratação e se estabelecem as condições que nortearão todo o transcorrer do procedimento.”

E complementa:

“Nessa linha, na fase interna são praticados diversos atos que antecedem a convocação dos interessados, tais como: designação da comissão de licitação, especificação do objeto a ser licitado, pesquisa de preços, elaboração de projeto básico (quando for o caso), redação da minuta do edital e do contrato, a realização de audiência pública (nos casos previstos na lei) etc. Dito de outro modo, na fase interna são estabelecidas todas as condições que regerão a etapa posterior (fase externa). Assim, o regular desenvolvimento da fase interna é condição necessária para o êxito final do procedimento.”

Dentro da fase interna, há ainda a obrigatoriedade de se realizar prévia audiência pública quando o valor estimado para a licitação ou para o conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas¹⁰² for superior a R\$ 3.300.000,00 (três milhões

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 585.

¹⁰¹ ALEXANDRE, Ricardo. Direito Administrativo, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017, p. 291.

¹⁰² Segundo o art. 39, p.u., da Lei de Licitações: “Para os fins deste artigo, consideram-se licitações simultâneas aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias e licitações sucessivas aquelas em que, também com objetos similares, o edital subsequente tenha uma data anterior a cento e vinte dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente.”

e trezentos mil reais)¹⁰³, nos termos do art. 39 c/c 23, I, “c”, ambos da Lei de Licitações.

Vencida esta etapa, inicia-se a fase externa do procedimento licitatório, que se exterioriza à sociedade com a publicação do edital licitatório ou envio do convite. Abre-se, pois, a licitação para a participação daqueles que dele queiram participar.

Segundo Ricardo Alexandre, esta fase do procedimento licitatório se divide em 5 (cinco) etapas, as quais assim se resumem:

“1ª Etapa (divulgação): destinada a dar a ciência a terceiros da existência da licitação, seja para que possam participar, seja para que possam fiscalizar sua regularidade;

2ª Etapa (proposição): nessa etapa os licitantes entregam dois envelopes fechados à Administração: um contendo os documentos necessários à habilitação e o outro com a proposta formulada;

3ª Etapa (habilitação): a habilitação é destinada a verificar se os licitantes possuem condições de honrar com as obrigações que pretendem assumir. Nessa etapa são abertos os envelopes contendo a documentação necessária à habilitação de todos os concorrentes. Aqueles que não satisfizerem às condições serão considerados inabilitados, sendo afastados do procedimento licitatório. Se não houver recurso – ou, havendo, for denegado –, serão devolvidos aos concorrentes inabilitados os envelopes fechados com suas respectivas propostas;

4ª Etapa (julgamento): essa etapa é destinada a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Na licitação, somente se passa a uma nova etapa quando se exaure a etapa anterior. Assim, para que seja procedida a abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, é necessário que a etapa anterior tenha se encerrado, o que pressupõe a ocorrência de uma das seguintes situações: a) o transcorrer do prazo sem interposição de recurso; b) a desistência expressa do recurso interposto; ou c) o julgamento dos recursos interpostos. Uma vez abertos os envelopes das propostas, procede-se à verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou, ainda, com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis. Após essa providência, são feitos o julgamento e a classificação (ordenação) das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

5ª etapa (deliberação): essa etapa é destinada à revisão dos atos praticados e à análise da legalidade do resultado, devendo a autoridade competente deliberar quanto à homologação e adjudicação do objeto do certame.”¹⁰⁴

Dentro destas etapas, destacam-se os seguintes acontecimentos: (i) divulgação do edital licitatório, (ii) habilitação dos licitantes e (iii) julgamento das propostas, (iv) homologação da licitação e adjudicação do objeto licitatório ao vencedor da licitação.

¹⁰³ Valor conforme atualização do art. 23, I, “a” da Lei de Licitações feita pelo Decreto 9.412/2018.

¹⁰⁴ ALEXANDRE, Ricardo. Direito Administrativo, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017, p. 292.

Quanto ao primeiro item, instrumento convocatório de todas as modalidades licitatórias, com exceção do convite, sua função é tornar pública a realização da licitação, bem como estabelecer as regras que serão observadas durante seu procedimento. O edital é, portanto, lei entre as partes, razão pela qual há o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, conforme já discorrido anteriormente.

No conteúdo do edital, há de se observar o elenco de regras e critérios claros e objetivos, vedando-se, outrossim, cláusulas que diminuam/ impeçam a competitividade do certame. Nestes termos, o artigo 40 da Lei de Licitações traz os requisitos obrigatórios a se constar nos editais, *in verbis*:

“Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

- I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;
- II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;
- III - sanções para o caso de inadimplemento;
- IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;
- V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;
- VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;
- VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;
- VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;
- IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;
- X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;
- XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;
- XII - (Vetado).
- XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;
- XIV - condições de pagamento, prevendo:
 - a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;
 - b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

- c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;
- d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;
- e) exigência de seguros, quando for o caso;
- XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;
- XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;
- XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.”

O edital, quando pronto, deve ser publicado no Diário Oficial ou jornal de grande circulação (caso dos Municípios), observados os prazos mínimos de antecedência estampados no art. 20, § 2º, Lei de Licitações. Após, abre-se prazo para eventuais impugnações ao edital por qualquer cidadão ou licitante, conforme art. 41, §§ 1º e 2º.

Outro ponto de destaque é a “habilitação dos interessados”, oportunidade na qual se verifica o cumprimento, pelos interessados em contratar com a Administração Pública, dos requisitos de qualificação necessários. Trata-se de etapa subjetiva¹⁰⁵, na qual a comissão organizadora abre os envelopes contendo os documentos enviados pelos concorrentes ao pleito, e, analisa se eles cumpriram com os requisitos do art. 27, Lei de Licitações, que elenca as habilitações (i) jurídica (comprovação de regularidade formal do interessado- art. 28, Lei de Licitações), (ii) técnica (verificação da aptidão profissional e operacional para cumprir o futuro contrato objeto da licitação- art. 30, Lei de Licitações), (iii) econômico-financeira (busca verificar se o interessado terá condições de suportar os custos econômicos decorrentes da contratação- art. 31, Lei de Licitações); (iv) fiscal e trabalhista (que busca comprovar se o interessado está quite com as obrigações fiscais e trabalhistas- art. 29, Lei de Licitações), (v) cumprimento do art. 7º., XXXIII, CF/88, que proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

¹⁰⁵ O termo aqui empregado não se restringe à forma de julgamento feita pela comissão quando da abertura dos envelopes de habilitação, mas sim ao conteúdo que nesta fase é analisado, qual seja os sujeitos interessados a licitar. Nesta esteira, quando da abertura dos envelopes com as propostas estar-se-á diante da fase objetiva, visto que o conteúdo a ser analisado será o objeto da licitação. Neste sentido, diferencia Celso Antônio Bandeira de Mello: “ O primeiro dá lugar a um exame dos sujeitos (fase subjetiva). O segundo concerne ao exame dos objetos, as propostas (fase objetiva). Estes dois momentos, que cindem nitidamente a licitação e se apartam com clareza, devem ser ressaltados, por ser de extrema importância que não o se interpenetrem. Nada, absolutamente nada, relativo a segunda etapa pode ser tratado enquanto não se exaurir a primeira. Assim também, nada do que haja sido objeto de exame neste primeiro momento pode vir a ser tomado em conta para fins de valoração das propostas, pois estas concernem ao que se oferta, e não a quem oferta.” (Mello, 2013).

No que tange à etapa de julgamento das propostas, trata-se do momento em que os envelopes de propostas são abertos e ordenados em sequência das melhores às piores opções, desclassificando-se aquelas que não observarem o que estava disposto no instrumento convocatório, que apresentam valor global superior ao limite estabelecido, bem como contenham preços manifestamente inexequíveis (art. 48, Lei de Licitações). Além disto, nesta etapa também se observa o critério de julgamento consubstanciado no tipo de licitação¹⁰⁶ (menor preço, melhor técnica, técnica e preço, maior lance ou oferta (casos de alienação de bens ou direito real de uso), conforme dispõe o art. 45, § 1º, da Lei de Licitações. Vence a licitação, portanto, o concorrente que apresentar a melhor proposta frente às exigências impostas pelo instrumento convocatório.

Finalmente, tem-se a etapa de homologação da licitação e adjudicação do objeto licitatório ao concorrente vencedor. Aquela se refere ao ato administrativo por meio do qual se manifesta o controle hierárquico: autoridade superior, verificando a regularidade da licitação, ratifica a licitação por meio da homologação. Adjudicação, por sua vez, refere-se ao ato administrativo vinculado, pelo o qual a Administração, por meio de uma declaração, entrega ao licitante vencedor o objeto da licitação.

Em suma, eis o que se buscou introduzir acerca do procedimento licitatório. Nele, imperioso o destaque de sua fase interna, bem como de sua fase externa (notadamente quando do habilitação e julgamento das propostas apresentadas). Isto, pois, são nestas etapas que, conforme se explanará a seguir, nascem as oportunidades de fraudes à licitação, transformando o procedimento lícito em instrumento de prática corrupta.

3.2. O DESVIRTUAMENTO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Conforme se buscou elencar no tópico anterior, a licitação é um procedimento voltado à seleção da proposta mais vantajosa para a celebração de contrato com o Poder Público. Por meio dela, dá-se maior publicidade às contratações públicas, além de se possibilitar a garantia da igualdade, uma vez que todos quantos tenham interesse em contratar com Administração, podem dela participar, apresentando

¹⁰⁶ Importante ressaltar que para a licitação modalidade “concurso”, os critérios para escolha do trabalho deverão constar do edital do respectivo concurso, cuja publicação deve ocorrer com antecedência mínima de quarenta e cinco dias.

suas propostas. Possibilita-se, outrossim, a consecução dos princípios estampados no art. 37, CF/88, notadamente o da moralidade e o da impessoalidade, já que pela licitação busca-se vedar o favoritismo e apadrinhamento do Estado em prol de outrem.

Somado a este ponto, pode-se dizer que o procedimento licitatório igualmente possibilita o combate à corrupção, visto que por ele a intenção que o Brasil ratificou com sua adesão à Convenção contra a Corrupção no âmbito da OCDE (internalizada pelo decreto 4.410/2002) é possibilitada. Isto, pois, com a licitação, coloca-se em prática o disposto no art. 3º, item 5 do referido tratado, que orientou seus aderentes à criação de “sistemas de recrutamento de funcionários públicos e de aquisição de bens e serviços por parte do Estado de forma a assegurar sua transparência, equidade e eficiência.”

Pois bem. Em que pese a justa finalidade até aqui exposta, notou-se que dela muitos se afastam, usando da licitação com finalidades escusas, desvirtuando o procedimento a fim de concretizar intenções ilícitas.

Ora, conforme explica o Aurélio¹⁰⁷, “desvirtuar” significa “depreciar a virtude, o merecimento”, “julgar desfavoravelmente”, “tomar em mau sentido”.

Neste sentido, é o que muitos administradores públicos fazem com o procedimento licitatório: depreciam a virtude e essência pela a qual este fora concebido, para atribuí-lo nova função manifestamente contrária.

Aliás, já alertava Adilson Abreu Dallari, em seu artigo:

“Não é porque se fez uma licitação, não é porque o rito foi seguindo, que o resultado passa a ser sagrado, intocável. A licitação tem-se transformado, sim, numa ritualística inconsequente, numa maneira de acobertar a fraude, de dar segurança àqueles que se aproveitam do dinheiro público.”¹⁰⁸

Complementa, dizendo:

“Nesse artigo, lembramos que, na última década, a licitação foi instrumento da corrupção, dando uma aparência de legalidade aos conluíus. As alterações na legislação vigente só pioraram a situação, como é exemplo contundente a Lei 12.462/11, que criou o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), que, sob uma falsa alegação de urgência, permitiu a realização de licitações sem a prévia definição do objeto, e com orçamento sigiloso para quem não participasse do conluio. Procuramos demonstrar que a licitação começa muito antes da publicação do edital, pois, a rigor,

¹⁰⁷ FERREIRA, op. cit., p. 232.

¹⁰⁸ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*, 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 212.

pelo menos no caso de contratos de vulto, depende do planejamento orçamentário, que tem a grande virtude de assegurar publicidade e previsibilidade à disputa, aumentando a competitividade e propiciando melhores contratações.”¹⁰⁹

Corroborando com seu posicionamento manifestado na discussão “Porque as licitações coibiram a corrupção?”, em seminário promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo (Aasp):

“Nosso posicionamento, na mesma linha do artigo acima referido, foi o de sustentar que o problema não está na licitação, em si mesma, mas sim, na maneira pela qual esse instituto é utilizado pela Administração Pública, podendo tanto ser um instrumento de combate à corrupção, quanto um meio de praticá-la.”¹¹⁰

E finaliza, com a seguinte constatação:

“Pode acontecer que, a despeito dos cuidados adotados pelo órgão público, haja conluio entre os postulantes, o qual pode, ou não, ser percebido pela comissão julgadora. Mas o mais comum é que o conluio seja articulado pelo próprio órgão público, na fase preparatória do certame, conforme registra a doutrina: “Pode-se afirmar que parte do resultado dos certames é definida prematuramente, já que, a depender das condições contidas no ato convocatório, sabe-se de antemão quem poderá participar da futura licitação e quem já estará de pronto afastado. Nos mercados em que restrito o número de atores algumas definições bastam para reduzir ainda mais a amplitude da competição e, assim, dirigir o contrato antes mesmo de se conhecerem as propostas.” (Cristiana Fortini e Fabrício Motta, *Corrupção nas Licitações e Contratações Públicas: Sinais de Alerta Segundo a Transparência Internacional in O Direito Administrativo na Atualidade, Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles, (1917 – 2017)*, organizadores; Arnoldo Wald, Marçal Justen Filho e Cesar Augusto Guimarães Pereira, Malheiros Editores, São Paulo, 2017, p. 298)”¹¹¹

Em igual sentido, dissertou Cristiana Fortini e Fabrício Motta¹¹², elencando os sinais de alerta da Transparência Internacional a fim de identificar a corrupção nas licitações e contratações públicas.

¹⁰⁹ DALLARI, Adilson Abreu. Licitação não é instrumento de combate à corrupção. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-19/interesse-publico-licitacao-nao-instrumento-combate-corrupcao>

¹¹⁰ DALLARI, op. cit, 2006.

¹¹¹ DALLARI, Adilson Abreu. Licitação não é instrumento de combate à corrupção. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-19/interesse-publico-licitacao-nao-instrumento-combate-corrupcao>.

¹¹² FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/07/corrupcao-licitacoes.pdf>

Segundo os autores, as fragilidades do procedimento licitatório são percebidas em cinco fases.

A primeira delas se dá com a preparação da licitação, na intimidade da Administração Pública, quando define o objeto da licitação e regras da habilitação. Segundo os autores, o resultado da licitação pode ser definido previamente, “já que, a depender das condições contidas no ato convocatório, sabe-se de antemão quem poderá participar da futura licitação e quem já estará de pronto afastado”¹¹³.

E concluem:

“Segundo a TI, algumas posturas podem sugerir a presença de corrupção. São elas: 1) ausência de transparência no processo e na tomada de decisões, impedindo o controle e monitoramento pelo público; 2) acesso inadequado à informação; 3) ausência de oportunidade para discussões públicas.”

Ou seja, uma licitação que nasce em secreto, sem discussões públicas e/ou sem a participação do privado, limita a transparência pública, dando aval a possíveis irregularidades.

A segunda fase, que igualmente se dá antes da divulgação do instrumento convocatório, pode apresentar sinais de corrupção quando se verificam:

“1. especificações fracas que não permitam a avaliação da performance do contratado;
2. desvio do padrão usual de contratação;
3. publicidade limitada;
4. pré-qualificações pouco claras ou vagas;
5. tempo inadequado para a preparação das propostas;
6. exclusão de licitantes detentores de *expertise* técnica em face de detalhes menores;
7. não esclarecimento de dúvidas enviadas;
8. dúvidas não respondidas de forma escrita ou não direcionadas a todos os licitantes;
9. propostas não abertas publicamente.”¹¹⁴

Por tais pontos, considerados obscuros, garante-se ao órgão que licita a possibilidade de escolher quem bem quiser, já que a justificativa que é dada certamente abarca os escolhidos. Exemplo disto é o item quatro supracitado, que por indicar qualificações vagas, possibilita-se a escolha de qualquer pessoa/empresa, que genericamente a preenche.

Na terceira fase, quando:

¹¹³ FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/07/corruptao-licitacoes.pdf>

¹¹⁴ Ibidem, p. 98-99.

“1.condução do processo por uma só pessoa;
 2.ausência de *expertise* dos membros do comitê;
 3.desistência do certame por licitantes qualificados;
 4.atrasos injustificáveis na seleção do licitante vencedor;
 5.similitude de propostas, inclusive com os mesmos erros de digitação ou gramática.”¹¹⁵

Já nas duas últimas fases, citam-se:

“1.o produto comprado não esteja sendo usado ou tenha sido destinado a outra finalidade;
 2.não existam instruções escritas dirigidas ao contratado;
 3.não exista registro formal das avaliações da performance;
 4.custos que ultrapassaram a expectativa não são explicados ou justificados;
 5.falta ou baixa fiscalização para trabalhos “físicos”.

(...)

1.ausência ou existência de controle inadequado ou não confiável;
 2.ausência de controle parlamentar;
 3.ausência de interesse de investigar denúncias anônimas;
 4.não encorajamento de denúncias;
 5.ausência de sistema de proteção aos denunciante;
 6.realização de auditorias superficiais ou “atrasadas”; e
 7. não publicação ou publicação tardia do resultado das auditorias.”¹¹⁶

Enquanto na quarta fase os sinais se apresentam quando da implementação do contrato, na quinta, estes se verificam no tratamento de denúncias, auditorias e outras formas de controle das contratações públicas.

Dentre as cinco fases apresentadas, nota-se que nas três primeiras ocorrem as principais fraudes notadas nas licitações viciadas: cartelização, direcionamento da licitação à pessoa ou ao grupo pré-definido, e, julgamento de propostas de forma subjetiva.

Quanto à cartelização, sua conceituação assim é tida:

“Cartel é um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação. 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.”¹¹⁷

¹¹⁵ FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício., Op. cit., p. 101.

¹¹⁶ Ibidem, p. 102 e 105.

¹¹⁷ Departamento de Proteção e Defesa Econômica. Combate a cartéis em licitações: guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação, 2008, p. 8. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view

Sua ocorrência prejudica o caráter competitivo da licitação, visto que não há apresentação de propostas com vistas a seleção da mais vantajosa à Administração Pública. Pelo contrário, ante o já acordo entre as empresas do cartel, apenas uma apresenta a melhor proposta. As outras acatam o definido por aquela, permitindo-a vencer, visto que apresentam as suas neste intuito.

Segundo o Departamento de Proteção e Defesa Econômica, os cartéis podem agir de variadas formas em uma licitação, como por exemplo:

- a) Fixação de preços, na qual há um acordo firmado entre concorrentes para aumentar ou fixar preços e impedir que as propostas fiquem abaixo de um “preço base”.
- b) Direcionamento privado da licitação, em que há a definição de quem irá vencer determinado certame ou uma série de processos licitatórios, bem como as condições nas quais essas licitações serão adjudicadas.
- c) Divisão de mercado, representada pela divisão de um conjunto de licitações entre membros do cartel, que, assim, deixam de concorrer entre si em cada uma delas. Por exemplo, as empresas A, B e C fazem um acordo pelo qual a empresa A apenas participa de licitações na região Nordeste, a empresa B na região Sul e a empresa C na região Sudeste.
- d) Supressão de propostas, modalidade na qual concorrentes que eram esperados na licitação não comparecem ou, comparecendo, retiram a proposta formulada, com intuito de favorecer um determinado licitante, previamente escolhido.
- e) Apresentação de propostas “pro forma”, caracterizada quando alguns concorrentes formulam propostas com preços muito altos para serem aceitos ou entregam propostas com vícios reconhecidamente desclassificatórios. O objetivo dessa conduta é, em regra, direcionar a licitação para um concorrente em especial.
- f) Rodízio, acordo pelo qual os concorrentes alternam-se entre os vencedores de uma licitação específica. Por exemplo, as empresas A, B e C combinam que a primeira licitação será vencida pela empresa A, a segunda pela empresa B, a terceira pela empresa C e assim sucessivamente.
- g) Sub-contratação, pela qual concorrentes não participam das licitações ou desistem das suas propostas, a fim de serem sub-contratados pelos vencedores. O vencedor da licitação a um preço supra-competitivo divide o sobre-preço com o subcontratado.¹¹⁸

A ocorrência de tais exemplos, ao contrário do que se imagina, é muito comum no cenário brasileiro. Basta a rememoração do caso “Lava-Jato”, em que diversas empresas do ramo da construção se associaram com fim de prejudicar o caráter competitivo das licitações, e, garantir a adjudicação de diversas obras públicas a seus integrantes. No capítulo seguinte, demonstrar-se-á a dinâmica das fraudes licitatórias descortinadas pela operação “Lava-jato”.

¹¹⁸ Departamento de Proteção e Defesa Econômica. Combate a cartéis em licitações: guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação, 2008, p. 8. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view, p. 9-10.

Fora desta hipótese de cartelização, as fraudes licitatórias também podem ocorrer pela existência de ajustes entre o entre público e terceiros interessados na contratação pública, garantindo-se a vitória destes por meio de julgamentos subjetivos na fase de habilitações.

Ainda, representantes da própria Administração Pública agem com fito a fraudar licitações. Neste sentido, colaciona-se um caso prático julgado pelo E. TJSP:

“ APELAÇÃO CRIMINAL – FRAUDE À LICITAÇÃO – ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93 – SENTENÇA CONDENATÓRIA – DEFESA PLEITEIA A ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – A PROVA EVIDENCIA, COM SUFICIENTE SEGURANÇA, A FRUSTRAÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME LICITATÓRIO – O RÉU, EXERCENDO CARGO DE PREFEITO MUNICIPAL À ÉPOCA DOS FATOS, ATUOU DIRETAMENTE EM TODAS AS FASES DA LICITAÇÃO – TRÊS EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO, E MAIS NENHUMA, FORAM CONVIDADAS A PARTICIPAR DA LICITAÇÃO – APENAS UMA OFERECER PROPOSTA E, A ELA, FOI ADJUDICADO O OBJETO DO CERTAME – DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO – EVENTUAL AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS NÃO AFASTA A OCORRÊNCIA DO CRIME – DELITO FORMAL – DOLO BEM COMPROVADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENAS MANTIDAS – RECURSO DESPROVIDO.”¹¹⁹

No caso supracitado, a competitividade da licitação ficou prejudicada pelo seu direcionamento à empresa de interesse do então prefeito da cidade de Nantes- São Paulo, que, atuando no procedimento licitatório, convidou três empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico para participar da licitação.

Desta forma, a fim de ilustrar com maiores detalhes a ocorrência do desvirtuamento licitatório, imperioso se faz o estudo dos fatos verificados na operação Calicute (desdobramento da Lava-Jato no Rio de Janeiro). Assim o sendo, dedicar-se-á o capítulo seguinte ao propósito aqui anotado.

¹¹⁹ Apelação n. 0001016-31.2012.8.26.0240, Rel. Des. Euvaldo Chaib, 4ª. Câmara de Direito Criminal, j. 12/09/2017, E. TJSP.

4. CASO PRÁTICO: A OPERAÇÃO CALICUTE

A fim de ilustrar a ocorrência das fraudes apontadas no capítulo anterior, colaciona-se como caso prático a operação “Calicute”, desdobramento da operação “Lava-Jato” no Rio de Janeiro.

Toda a exposição será feita com base na inicial acusatória, nas alegações finais de acusação, e, na sentença prolatada nos autos nº 0509503-57.2016.4.02.5101 (2016.51.01.509503-9), além das informações disponibilizadas no portal do Ministério Público Federal (Procuradorias da República em São Paulo, Paraná e Rio de Janeiro), e no termo do Acordo de Leniência firmado entre as empresas envolvidas e o Conselho de Administrativo de Defesa Econômica- CADE.

Feito este apontamento, parte-se à contextualização da chamada operação “Lava-Jato”. Esta, como já se apontou, é uma operação que fora deflagrada pela Polícia Federal, em março de 2014¹²⁰, voltada à investigação de casos de corrupção e lavagem de dinheiro no Brasil. Seu nome, não por acaso, tem por base o fato de as organizações criminosas investigadas fazerem uso de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentação dos valores ilícitos utilizados em seus acertos ilegais.

Conforme informa o Ministério Público Federal, a operação teria nascido na Justiça Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, que investigava organizações criminosas lideradas por doleiros¹²¹:

“No primeiro momento da investigação, desenvolvido a partir de março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras. Nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa”.¹²²

¹²⁰ Informação disponível em: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf>

¹²¹ São pessoas especializadas no mercado de câmbio que utilizam de operações legais para acobertar atividades no mercado paralelo. Podem estar ligados ao mercado formal de câmbio, como casa de câmbio e agências de viagem. Neste sentido, publica UOL (disponível em <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/05/20/o-que-faz-um-doleiro-cambio-dolar-lava-jato-fraude-caixa-2-mercado-paralelo.htm>)

¹²² Informação disponível em: “<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>”.

Com seu o caminhar e fortalecimento, a “Lava-Jato” revelou ser a maior operação contra a corrupção no Brasil, o que acarretou sua expansão para outros Estados da Federação, assim como possibilitou a criação de forças-tarefas entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, a partir de abril de 2014¹²³.

Além disto, ante os seus resultados, fora possível o descortçamento de um grande esquema de corrupção, lavagem de dinheiro, fraude a licitações e formação de cartel na execução de obras públicas no estado do Rio de Janeiro, as quais eram custeadas com recursos federais. Tal desdobramento recebeu o nome de “operação Calicute¹²⁴”, tendo-se por principal investigado o então governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

Este desdobramento assim é narrado pelo Ministério Público Federal:

“Com o avanço das investigações, verificou-se que não se restringia somente à PETROBRAS o esquema que assegurava: i) a execução das obras em que tinham interesse para as empreiteiras formadoras do cartel; ii) o recebimento de vantagens indevidas aos políticos e aos funcionários públicos com poder de decisão sobre as respectivas licitações e contratos. Como exemplo, tem-se o caso dos contratos celebrados para a construção da Usina de Angra 3 pela ELETRONUCLEAR, cujos crimes já são objeto de ações penais em trâmite nesse Juízo.

Neste contexto de aprofundamento das investigações da Operação Lava Jato, foram celebrados pelo Procurador-Geral da República acordos de colaboração premiada com diversos executivos da empreiteira ANDRADE GUTIERREZ. Além do reconhecimento das práticas ilícitas que já vinham sendo investigadas no âmbito da PETROBRAS e da ELETRONUCLEAR, o acordo trouxe temas que ainda não eram objeto de investigação criminal, dentre eles, a cartelização das empreiteiras para a construção ou reforma dos estádios que sediariam as partidas da Copa do Mundo de 2014.

Em decorrência de tais acordos, os executivos ROGÉRIO NORA e CLÓVIS PRIMO revelaram a existência da organização criminosa que é objeto da presente investigação.

Tal organização, contudo, não atuou no Rio de Janeiro somente em face das obras para a reforma do Estádio do Maracanã. Na verdade, o esquema de cartelização mediante o pagamento de propinas iniciou-se a partir do momento em que SÉRGIO CABRAL assumiu em 2007 o cargo de Governador do Estado do Rio de Janeiro. Em tal esquema, foram englobadas praticamente todas as grandes obras públicas de construção civil realizadas pelo ente público, algumas delas custeadas com recursos federais, inclusive provenientes do Programa de Aceleração do Crescimento. Dentre elas, destacam-se a construção do Arco Metropolitano³ e a urbanização de grandes comunidades carentes na

¹²³ Informação disponível em: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf>

¹²⁴ O nome “Calicute” faz alusão à cidade de Calicute, na costa oeste da Índia, onde Pedro Álvares Cabral teria sofrido ataque dos comerciantes árabes que estavam descontentes com sua atuação na região, uma vez que colocou em risco o monopólio comercial que até então imperava. Cabral teve embarcações destruídas, além de diversos homens mortos. Sua missão de instalar uma feitoria não se concretizou, o que o fez deixar a cidade derrotado.

cidade do Rio de Janeiro, ação vulgarmente denominada por “PAC Favelas”.¹²⁵

Em síntese, a colaboração premiada¹²⁶ feita pela Andrade Gutierrez trouxe à tona que o então empossado governador do Rio de Janeiro¹²⁷, Sérgio Cabral, teria solicitado o pagamento de propina ao presidente da referida empresa, sob a promessa de futuras contratações que com o governo seriam realizadas. Tais pagamentos, segundo informa, davam-se em forma de mesada mensal, no valor de R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais).

Dentre as obras repassadas à empresa, cita-se a urbanização da Comunidade de Manguinhos, financiada com recursos federais do Programa de Aceleração do Crescimento- PAC. Vejamos a narração do *Parquet*:

“SÉRGIO CABRAL, em 2007, no primeiro ano de seu mandato como Governador do Estado do Rio de Janeiro, em uma reunião na qual estava presente o Secretário de Governo WILSON CARLOS, solicitou pagamento de propina a ROGÉRIO NORA, presidente da construtora ANDRADE GUTIERREZ. O pagamento da vantagem ilícita seria uma contrapartida antecipada da empreiteira para as obras a serem contratadas no futuro com o ente público. O “adiantamento” solicitado foram pagamentos mensais de R\$ 350.000,00 até que fossem firmados contratos com o Estado do Rio de Janeiro. Efetuar-se-ia no futuro, segundo o acerto, o desconto da propina adiantada, calculando-se o valor sobre o percentual de 5% do faturamento. A “mesada” começou a ser paga em 2007, sendo uma incumbência repassada para o superintendente comercial da empreiteira ALBERTO UINTAES. Uma das obras em face das quais foi devido o recebimento de propina foram as de urbanização da Comunidade de Manguinhos, custeada com recursos federais do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC Favelas). Em relação aos lotes contratados, que englobavam também obras nas comunidades da Rocinha e do Complexo do Alemão, houve acerto prévio entre os consórcios participantes, formado por grandes empreiteiras, para fraudar as licitações.”¹²⁸

Não bastasse o narrado, Sérgio Cabral também pleiteou a contrapartida de 5% do valor da contratação para as obras de construção do Arco Metropolitano, e da reforma do estádio do Maracanã para a Copa do Mundo de 2014. Esta, por sua vez, tinha sido vendida ao consórcio formado pela Delta e Odebrecht, com posterior

¹²⁵ COELHO JUNIOR, Lauro; EL-HAGE, Eduardo Ribeiro Gomes; FREITAS, Leonardo Cardoso; OLIVEIRA, Renato Silva de; SILVA, Rodrigo Timóteo da Costa e; VAGOS, José Augusto Simões. Inicial acusatória do Ministério Público Federal na operação Calicute. Rio de Janeiro: 2016, p. 3. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/calicute/view>>. Acesso em 14 de set. 2018.

¹²⁶ Segundo MASSON, C.; MARÇAL, V. 2016, trata-se de um instituto, por meio do qual “o coautor ou partícipe, visando a obtenção de algum prêmio (redução de pena, perdão judicial, cumprimento de pena em regime diferenciado etc.), coopera com os órgãos responsáveis pela persecução criminal fornecendo informações privilegiadas e eficazes quanto à identidade dos sujeitos do crime e à materialidade das infrações penais por eles cometidas, além de outras consequências previstas em lei.”

¹²⁷ Ano de 2007, primeiro mandato de Sérgio Cabral.

¹²⁸ COELHO JUNIOR, Lauro; et. al. *Ibidem*, p. 7.

inclusão da empresa Andrade Gutierrez subordinada ao pagamento dos 5% do valor faturado. Com este acerto, a licitação fora realizada de forma simulada, visto que já acertado de antemão o grupo de empresas vencedor.

Além do contido nos termos de declarações premiadas, esta dinâmica de contratações ilícitas igualmente fora relatada pela empresa Andrade Gutierrez quando aderiu ao acordo de leniência junto ao CADE.

Houve também celebração de acordo de leniência da Carioca Engenharia (Carioca Christiani-Nielsen Engenharia), do qual se extrai, segundo o MPF, que:

“relativamente ao oferecimento de vantagens indevidas no âmbito do Governo do Estado do Rio de Janeiro, EDUARDO BACKHEUSER, Diretor Corporativo da CARIOCA ENGENHARIA, a pedido de seu pai RICARDO PERNAMBUCO, ficou encarregado de fazer as entregas de propina a CARLOS MIRANDA, pessoa indicada para receber os valores. Os pagamentos referiam-se a acerto de pagamento de “apoio” da CARIOCA ENGENHARIA ao Governo do Estado do Rio de Janeiro, na pessoa de SÉRGIO CABRAL, em valores de R\$ 200.000,00, aumentados para R\$ 500.000,00 no segundo mandato. O pagamento da mesada não estava necessariamente vinculado ao faturamento realizado pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro.

Os pagamentos começaram a ser realizados em 2008 em periodicidade não definida, de acordo com a disponibilidade de recursos em espécie no “Caixa 2” da CARIOCA ENGENHARIA. EDUARDO BACKHEUSER apresentou agenda do aplicativo *Outlook* no qual constam anotações a respeito de encontros com CARLOS MIRANDA realizados na sede da CARIOCA ENGENHARIA para entrega dinheiro. EDUARDO BACKHEUSER retirava os recursos para realizar os pagamentos com TÂNIA FONTENELLE, responsável na CARIOCA ENGENHARIA pela geração dos recursos em espécie para formação de “Caixa 2”. Em certo momento, TÂNIA FONTENELLE foi quem passou a realizar pagamentos para CARLOS MIRANDA. EDUARDO BACKHEUSER também relatou almoço realizado na Churrascaria Majórica, no Rio de Janeiro em 2010 do qual participaram RICARDO PERNAMBUCO JÚNIOR e WILSON CARLOS. Na ocasião, WILSON CARLOS afirmou a necessidade de realizar pagamentos de vantagens indevidas, conhecida como “oxigênio” no valor de 1% sobre os contratos da CARIOCA ENGENHARIA para o Subsecretário de Obras HUDSON BRAGA. Os pagamentos foram realizados em espécie por RODOLFO MANTUANO com recursos do “Caixa 2” após autorização de RICARDO PERNAMBUCO. O “Caixa 2” da CARIOCA ENGENHARIA era abastecido com contratos fictícios ou superfaturados, negociados por TÂNIA FONTENELLE.”¹²⁹

Da colaboração firmada com o diretor comercial da Carioca Engenharia, Roque Meliande, por ele foi informado que:

“participou de entendimentos visando a contratação da empreiteira pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro para as obras do PAC Favelas e do Arco Metropolitano.

Em relação à primeira, quando o edital de licitação foi publicado, já se sabia de antemão quais seriam as empresas vencedoras, havendo um acerto

¹²⁹ COELHO JUNIOR, Lauro; et. al. Op.cit., p. 17.

entre elas para que uma não atrapalhasse a pretensão de outra e para que se desse cobertura em relação às propostas a serem apresentadas. Nesse contexto, ficou estabelecido entre representantes das empresas que o consórcio formado pelas empresas CARIOCA ENGENHARIA, representada por RICARDO PERNAMBUCO JUNIOR, CAENGE e QUEIROZ GALVÃO (líder) ficaria com o lote das obras na Comunidade da Rocinha. ROQUE MELIANDE afirmou que agentes do Governo do Estado estavam envolvidos nesse processo de acerto prévio sobre os vencedores das licitações. Após o acerto entre as empresas e a contratação, logo no início das obras HUDSON BRAGA cobrou à empresa líder do consórcio o pagamento de 1% do valor do faturamento como “taxa de oxigênio”, valor que seria destinado a agraciar pessoas na Secretaria Estadual de Obras.

HUDSON BRAGA sempre cobrava tais pagamentos em reuniões na Secretaria de Obras, inclusive na presença de representantes de outras empresas, e indicou a pessoa que reconheceu como sendo WAGNER JORDÃO para receber os valores em espécie. ROQUE MELIANDE comunicava a solicitação de pagamento para TÂNIA FONTENELLE, que, de acordo com a disponibilidade, fornecia o dinheiro em espécie. Alguns pagamentos foram realizados a WAGNER JORDÃO por ROQUE MELIANDE em um café próximo da Secretaria de Obras, enquanto outros foram realizados dentro de um táxi. Em relação ao Arco Metropolitano, o processo de fraude à licitação repetiu-se, sendo que a CARIOCA ENGENHARIA foi líder de consórcio formado com a QUEIROZ GALVÃO para as obras do Lote 2. RICARDO PERNAMBUCO, neste sentido, comunicou ROQUE MELIANDE a respeito da existência do acerto prévio. ROQUE MELIANTE confirmou que participou previamente de entendimentos com HUDSON BRAGA para a elaboração do edital com cláusulas que restringissem a competitividade do certame. Após a contratação, HUDSON BRAGA exigiu o pagamento da “taxa de oxigênio” nos mesmos moldes, o que foi realizado mediante entregas de dinheiro em espécie para WAGNER JORDÃO.¹³⁰

De forma geral, o esquema criminoso era estruturado em núcleos econômico, administrativo, financeiro e político, os quais eram submetidos à liderança do próprio Sérgio Cabral, embora houvesse participação de outros agentes na organização criminosa, com distribuição de tarefas e funções bem definidas. Assim é o que concluiu o MM. Juiz Marcelo Bretas quando da prolação de sua sentença na ação penal nº 0509503-57.2016.4.02.5101 (2016.51.01.509503-9):

“Aponta a denúncia que a ORCRIM era estruturada em núcleos, a saber: (i) núcleo econômico, formado por executivos das empreiteiras cartelizadas, dentre elas a ANDRADE GUTIERREZ, responsáveis pelo pagamento da propina; (ii) núcleo administrativo, integrado pelos réus WILSON CARLOS e HUDSON BRAGA, a quem cabia negociação da propina, (iii) núcleo financeiro operacional, formado por CARLOS MIRANDA, CARLOS BEZERRA, WAGNER JORDÃO, JOSÉ ORLANDO, ADRIANA ANCELMO, PAULO FERNANDO, PEDRO RAMOS, CARLOS BORGES, LUIZ IGAYARA e LUIZ PAULO REIS, os quais eram responsáveis pelo recebimento e

¹³⁰ COELHO JUNIOR, Lauro; et. al. Op.cit., p. 19-20.

ocultação da origem espúria da propina; (iv) núcleo político, integrado pelo líder da organização criminosa, o ex-governador, SÉRGIO CABRAL.”¹³¹

As colaborações premiadas revelaram a dinâmica negocial: Sérgio Cabral e outros agentes públicos solicitaram vantagens indevidas à empreiteira Andrade Gutierrez e a outras, para que elas pudessem integrar o grupo de construtoras que se beneficiariam com contratos de obras no Estado.

O ex-presidente da empreiteira Andrade Gutierrez¹³² explica:

“Rogério Nora (RN)- Mas quando o governador assumiu em 2007, ele nos chamou e pediu que fizéssemos uma contribuição mensal de R\$ 350.000,00 e que essa contribuição seria deduzida em função de contratos futuros aonde seria cobrado o valor sobre esses contratos; Procurador da República (PR)- Esse pedido foi feito ao senhor? RN- Foi feito a mim. PR- Em que circunstâncias? Onde? RN- Foi em uma reunião no início de 2007. Essa reunião foi na casa do governador. No Leblon.”

Complementa:

“RN- Houve uma reunião no Palácio Guanabara, um período depois eu sei precisar se foi um ano ou quando foi (...) e nessa reunião o governador nos disse que seu secretário de governo Wilson Carlos é quem cuidaria da execução e da distribuição das obras que o governo teria e nesse bojo nós ficamos com as obras de Manguinhos, que eu me lembre na época, Manguinhos, Arco Rodoviário que nós acabamos...entramos mas declinamos posteriormente porque era uma obra que nós consideramos que não teríamos resultado (...); PR- Por esses contratos ficou acertado o pagamento de valores então? RN- Ficou acertado o pagamento de 5%; PR- O senhor mencionou aí a questão da distribuição das obras. Como é que se dava isso? RN- Eu não participei dessas reuniões de distribuição. O secretário Wilson Carlos é que reunia com o nosso. Acho que era o Alberto que participava, o Clóvis pode ser que tenha participado de alguma reunião. E nessa reunião era definido qual contrato, que empresa e quem seriam os parceiros nesse contrato. PR- Isso antes das licitações? RN- Isso antes da licitação. (...)”

¹³¹ BRETAS, Marcelo da Costa. Sentença condenatória. Rio de Janeiro: 2017, p. 2. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/sentenca-calicute/view>>. Acesso em 14 de set. 2018.

¹³² DIAS, Sergio Luiz Pinel; EL-HAGE, Eduardo Ribeiro Gomes; FERRARI, Marisa Varotto; FREITAS, Leonardo Cardoso de; SANTOS, Rafael A Barreto dos; SCHNEIDER, Fabiana Keyla; SILVA, Rodrigo Timóteo da Costa e; VAGOS, José Augusto Simões. Alegações finais escritas do Ministério Público Federal na operação Calicute. Rio de Janeiro: 2017, p. 97-98. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/alegacoes-finais-calicute>>. Acesso em 14 de set. 2018.

Desta forma, é possível observar que as licitações realizadas para as obras supracitadas estavam todas viciadas pela simulação.

Especificamente, houve conluio entre o Governo do Estado do Rio de Janeiro e as empreiteiras, com fixação de preços das propostas e, condições e vantagens na licitação pública, divisão de mercado entre os concorrentes, além de troca de informações concorrencialmente sensíveis quando das obras do PAC nas comunidades do Rio de Janeiro. Assim é o que relatou o CADE no sumário executivo do Acordo de Leniência¹³³ firmado com a empreiteira Andrade Gutierrez:

“A empresa e as pessoas físicas funcionários (ou ex-funcionários) da empresa, conjuntamente denominados “Signatários” do Acordo de Leniência 09/2016, trouxeram ao conhecimento da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“SG/CADE”) a prática de condutas anticompetitivas em obras públicas de serviços de engenharia e construção para urbanização do Complexo do Alemão, do Complexo de Mangueiras e da Comunidade da Rocinha no Rio de Janeiro/RJ (“PAC – Favelas”) - Concorrência Nacional nº 002/2007/SEOBRAS/MCIDADES/CAIXA, conduzida pela Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro, financiada com recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), conforme os artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 e o Regimento Interno do CADE (Resolução nº 1, com alterações das Resoluções nº 05/2013, 07/2014, 08/2014 e 15/2016). As condutas anticompetitivas são descritas de maneira detalhada no Histórico da Conduta, elaborado pela SG/CADE com base nos documentos e informações apresentados pelos Signatários, que faz parte do Acordo de Leniência celebrado com a SG/CADE e com o Ministério Público Federal do Rio de Janeiro (“MPF/RJ”).

As principais empresas no mercado de serviços de engenharia e construção, participantes da conduta, são (i) Andrade Gutierrez Engenharia S.A. (“Andrade Gutierrez”); (ii) Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. (“Camargo Corrêa”); (iii) EIT – Empresa Industrial e Técnica S.A. (“EIT”); (iv) Camter Construções e Empreendimentos S.A.; (“Camter”); (v) Construtora Norberto Odebrecht S.A. (“Odebrecht”); (vi) Delta Construções S.A. (“Delta”); (vii) Construtora OAS S.A. (“OAS”); (viii) Construtora Queiroz Galvão S.A. (“Queiroz Galvão”); (ix) Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A. (“Carioca”); e (x) Caenge S.A. – Construção, Administração e Engenharia (“Caenge”). A Camargo Corrêa, especificamente, participou dos contatos iniciais e do grupo de trabalho do conluio, mas não da implementação da conduta anticompetitiva.

As violações à ordem econômica consistiram em acordos de (i) fixação de preços das propostas, condições e vantagens em licitação pública; e (ii) divisão de mercado entre concorrentes, por meio da formação de consórcios e apresentação de propostas de cobertura; e (iii) troca de informações concorrencialmente sensíveis, a fim de frustrar o caráter competitivo da licitação.

Essas condutas foram viabilizadas, principalmente, por meio de reuniões presenciais, troca de mensagens eletrônicas (e-mails) e contatos telefônicos entre os representantes das empresas envolvidas no conluio. Os contatos entre concorrentes se iniciaram, possivelmente, no primeiro semestre de 2007, tendo durado, pelo menos, até o início de 2008, em três fases: (i)

¹³³ Trata-se de acordo que possibilita ao Superintendência- Geral do CADE extinguir a punibilidade de pessoas jurídicas e/ou físicas que colaboram com investigações e processos administrativos de sua competência, nos termos do art. 86 da Lei 12.529/2011.

Fase 1: *Início dos Contatos Anticompetitivos* (maio de 2007); Fase 2: *Instalação do Grupo de Trabalho do Conluio* (maio de 2007 a janeiro de 2008); e Fase 3: *Implementação do Acordo Anticompetitivo* (janeiro de 2008 a fevereiro de 2008). O cliente afetado pela conduta foi o Governo do Estado do Rio de Janeiro.”¹³⁴

Segundo aponta o próprio acordo de leniência, a fraude à licitação se deu em três momentos, denominados, pelo CADE, como sendo: (i) Fase 1- Início dos contatos anticompetitivos, (ii) Fase 2- Instalação do grupo de trabalho do conluio, e, (iii) Fase 3- Implementação do acordo anticompetitivo.

Quanto à primeira fase, observa-se que:

“Os Signatários relatam que, provavelmente na semana entre 7 e 10 de maio de 2007, ou seja, meses antes do lançamento do Edital de licitação da Concorrência Nacional nº 002/2007, Wilson Carlos Cordeiro da Silva Carvalho (Secretário Estadual do Governo do Estado do Rio de Janeiro) entrou em contato telefônico com AQ (Superintendente Comercial da Andrade Gutierrez), solicitando sua presença para uma reunião no Palácio da Guanabara. Na referida reunião, Wilson Carlos Cordeiro da Silva Carvalho informou a AQ que três lotes relacionados às obras de urbanização das comunidades no Rio de Janeiro seriam futuramente licitados e que caberia (i) à Queiroz Galvão liderar o consórcio que executaria a obra na Comunidade da Rocinha; (ii) à Andrade Gutierrez liderar o consórcio que executaria a obra no Complexo de Manguinhos; e (iii) à Odebrecht liderar o consórcio que executaria a obra no Complexo do Alemão.”

Da reunião realizada com o Presidente da Empresa de Obras Públicas do Rio de Janeiro (EMOP), as empreiteiras teriam sido informadas em quais lotes cada uma deveria atuar nas licitações do PAC- Favelas, bem como cada uma deveria contribuir para a elaboração do projeto básico, planilhas orçamentarias e edital da licitação.¹³⁵

Com isto, realizou-se a formação de três consórcios a fim de que fosse dividida a licitação dos três lotes disponíveis: (i) Queiroz Galvão (líder), Caenge e Carioca- Lote 1 (Comunidade da Rocinha), (ii) Andrade Gutierrez (líder), Camargo Corrêa, Camter e EIT- Lote 2 (Complexo do Manguinhos), e, (iii) Odebrecht (líder), OAS, Delta- Lote 3 (Complexo do Alemão).

¹³⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Histórico de conduta do acordo de leniência 9/2016. Brasília: 2016, p. 01. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPHE2IDclt93semVvOsWtNTtsqhlup3d2EMf8pRzS0iBMH1Jxr7YQMUczjv6SvG72n1ea1a4hG6-Bn7tPIvRLQ5>. Acesso em 14 de set. 2018.”

¹³⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, *ibidem*, p. 27-28.

Ainda nesta primeira fase, as empreiteiras se reuniram para definir os requisitos técnicos necessários para (i) a obtenção de recursos do PAC, e (ii) exclusão de empresas que não fossem integrantes de qualquer dos grupos.

“Foi definido que todas as empresas do grupo passariam a trabalhar em conjunto em um escritório da Carioca, localizado em São Cristóvão, no Rio de Janeiro, como forma de estudar as obras do PAC – Favelas em conjunto, o que dificultaria a concorrência de empresas independentes e viabilizaria que as empresas do grupo concertassem as modificações no edital e suas propostas de preços a fim de garantir que se sagrariam vencedoras das obras do PAC – Favelas. De acordo com os Signatários, essa fase inicial (Fase 1), portanto, comportava a atuação direta de seis empresas: (i) Andrade Gutierrez, (ii) Carioca, (iii) Delta, (iv) Queiroz Galvão, (v) OAS e (vi) Odebrecht, e teve como objetivo, basicamente, estudar o projeto e delinear o Edital da Licitação, bem como preparar o Projeto Básico para a futura implementação do conluio.”¹³⁶

Já na segunda fase, as reuniões organizadas pelas empreiteiras tinham como objetivo a coordenação do projeto básico, do edital de licitação, além da preparação da documentação necessária para a futura licitação. Tudo a fim de direcionar o resultado das contratações.

Por tal motivo, foram as próprias empresas do conluio fraudulento que elaboraram os documentos da licitação, e não o Poder Público. O foco, de maneira geral, era restringir a habilitação de concorrentes não participantes do conluio, e, favorecer a habilitação apenas dos consórcios aderentes à fraude.

Assim constou do item 110 do acordo de leniência:

“Entre setembro de 2007 e janeiro de 2008, os Signatários relatam que os representantes das empresas Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa, Camter e EIT – JMAF (Diretor de Contratos da Andrade Gutierrez), AQ (Superintendente Comercial da Andrade Gutierrez), OFM (Executivo da Andrade Gutierrez), José Gilmar Francisco de Santana (Gerente Comercial da Camargo Corrêa), Juarez Miranda Júnior (Diretor de Operações da Camter) e Paulo Cesar Almeida Cabral (Diretor Comercial da EIT) – reuniram-se em, pelo menos, duas ocasiões para: (i) alinhar as principais diretrizes da elaboração do edital no que concernia à viabilidade da participação das quatro empresas no Consórcio Manguinhos, (ii) definir a viabilidade financeira da participação do consórcio na futura concorrência para o Lote do Complexo de Manguinhos, e (iii) cotejar as diretrizes do edital com os atestados das empresas necessários para habilitação do referido consórcio (...)”¹³⁷

O edital de licitação estava em elaboração desde maio de 2007 pelo grupo de empresas envolvidas no conluio. Por ele, foram fixados o aspecto qualitativo do

¹³⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Op. cit., p. 33.

¹³⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, ibidem, p. 51-52.

projeto, a fim de propiciar sua própria participação, com exclusão das concorrentes por motivos técnicos, e, o aspecto quantitativo, colaborando para a adequação de recursos de que o Governo do Rio de Janeiro possuía para a realização do projeto.

O aspecto qualitativo assim ficou acertado¹³⁸:

“Os Signatários especificam que, no que diz respeito ao aspecto qualitativo, as empresas incluíram, no Projeto Básico de cada um dos lotes, determinadas obras e soluções de engenharia que somente elas teriam *expertise* e qualificação técnica (atestação) para realizar e, conseqüentemente, para se habilitar no certame. Tais obras eram, no Complexo do Alemão, o teleférico¹³⁹; na Comunidade da Rocinha, o plano inclinado¹⁴⁰; e, em Manguinhos, a elevação da linha férrea (ponte em balanço sucessivo estaiado).”¹⁴¹

Em relação ao quantitativo:

“Quanto ao aspecto quantitativo, em especial a Planilha de Custos da EMOP, as empresas realizaram diversos estudos em conjunto para conseguir adequar os serviços, conforme os preços da EMOP, aos recursos financeiros de que o Governo do Estado do Rio de Janeiro dispunha para investir no projeto, ou seja, para que a realização das obras fosse possível dentro do baixo orçamento do qual dispunha o licitante.”¹⁴²

Pois bem. Com a publicação do edital de licitação, as empreiteiras participantes do conluio fraudulento observaram que nele haviam cláusulas em desacordo com o que por elas estava estruturado, o que lhe impuseram novas reuniões para a alteração do edital.

¹³⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, op. cit., p. 54.

¹³⁹ Consta como nota de rodapé: “Os Signatários explicam que a construção do teleférico no Complexo do Alemão visava à acessibilidade e inserção dos moradores da comunidade. Na cláusula 8.4.9.1.2. do Edital, consta que o licitante deveria demonstrar sua experiência anterior no fornecimento de equipamentos similares aos que seriam empregados na execução das obras, que deveriam compreender as seguintes características: (i) teleférico urbano tipo desengatável com capacidade para 3.000 passageiros/hora; (ii) comprimento de linha igual ou superior a 2.400m; (iii) no, mínimo, quatro estações de embarque e desembarque, tendo pelo menos uma a função de estação de interligação com outro meio de transporte (intermodal); (iv) cabines fechadas para, no mínimo, oito passageiros; (v) no mínimo, 120 unidades de cabines suspensas simultaneamente; e (vi) estações de embarque e desembarque em curvas acentuadas sem necessidade de troca de cabine ao longo do percurso.

¹⁴⁰ Consta como nota de rodapé: “Os Signatários explicam que a construção do plano inclinado ligaria a Rua Dois até o alto da comunidade e o Parque Ecológico, de modo a universalizar o acesso a essa área da Rocinha, que contaria com deques, quadras poliesportivas, áreas de lazer e um café. Na cláusula 8.4.9.1.1. do Edital consta que o licitante deveria demonstrar sua experiência anterior no fornecimento de equipamentos similares aos que seriam empregados na execução das obras, que deveriam compreender as seguintes características: (i) plano inclinado sobre trilhos com dois elevadores; (ii) cabines semi-panorâmicas fechadas com estrutura em aço; e (iii) compartimento de carga estanque com capacidade mínima de 400kg.”

¹⁴¹ Consta como nota de rodapé: “Os Signatários explicam que a elevação da linha férrea tinha como objetivo integrar a comunidade, até então dividida pela passagem dos trens. A nova estação ferroviária de Manguinhos contaria com uma estação intermodal, com três andares e escadas rolantes e elevador com acessibilidade para idosos e portadores de deficiência. Além da própria obra de elevação, pretendia-se construir um parque/espaço de convivência público embaixo da via férrea.”

¹⁴² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, *ibidem*, p. 55.

Quanto à habilitação dos consórcios, no Complexo do Alemão, houve uma particularidade: exigiu-se a apresentação de atestado que demonstrasse capacidade técnica para a construção de teleférico. Segundo narra o termo de leniência, a Odebrecht já possuía acordo comercial com a empresa Pomagalski S.A. (empresa responsável pelo fornecimento de teleférico ao metrô de Medellín, na Colômbia, o que favoreceu a empreiteira Odebrecht e suas aliadas.

Segundo o acordo de leniência¹⁴³, a exigência de tal atestado “restringiu sobremaneira a participação de qualquer interessado no certame, dada a virtual inexistência de empresas concorrentes à POMAGALSKI que pudessem atender a essa exigência”, além disto, havia “contrato de exclusividade da Odebrecht com a POMAGALSKI, que impedia que a referida empresa cotasse preços para terceiros não autorizados pela Odebrecht.”

Vencida tal fase, iniciou-se a fase de implementação do acordo anticompetitivo, que se resumiu à apresentação dos envelopes de habilitação e propostas de preços à licitação:

“Apresentaram envelopes para disputa dos três lotes da Concorrência Nacional nº 002/2007 os grupos em conluio, quais sejam: (i) o Consórcio Rio Melhor, formado pelas empresas Odebrecht, OAS e Delta; (ii) o Consórcio Manguinhos, composto por Andrade Gutierrez, EIT e Camter; e (iii) o Consórcio Novos Tempos, composto pelas empresas Queiroz Galvão, Caenge e Carioca. De forma independente do conluio, também concorreram a empresa Sanerio e o Consórcio formado por Construcap, Convap e Arvek. A seguir tem-se figura ilustrativa com os consórcios e empresas participantes”¹⁴⁴

Na etapa de habilitação, assim restou definido:

“Em 23 de janeiro de 2008, foi realizada a Sessão de Divulgação da Análise da Documentação do Envelope “A” (Documento 30). Os Signatários relatam que a Comissão Especial de Licitação decidiu, por unanimidade, que os três consórcios participantes da conduta anticompetitiva, compostos por nove empresas, haviam atendido totalmente aos itens de habilitação. Assim, todos os três consórcios em conluio foram habilitados para todos os três lotes, ao passo que todos aqueles outros que concorriam de modo independente e não alinhado ao conluio foram inabilitados: o consórcio constituído pelas empresas Construcap, Convap e Arvek e a empresa Sanerio.”¹⁴⁵

Insatisfeitas, as empresas Sanerio e o Consórcio Construcap/Convap/Arvek interuseram recurso, todos posteriormente indeferidos. Favoreceram-se, pois, os grupos do conluio.

¹⁴³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, op. cit., p. 78.

¹⁴⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, ibidem, p. 84.

¹⁴⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, ibidem, p. 85.

Tal conclusão é reforçada pelo indeferimento do recurso da Construcap, que alegou o descumprimento do edital pelo grupo de empresas do consórcio do Manguinhos, já que a participação mínima de cada empresa tinha de ser 20% e EIT e Camter tinham 19% cada. O recurso foi rejeitado, pois o licitante alegou erro material, aceitando a errata do consórcio Manguinhos.

Após, abriram-se os envelopes de propostas de preços, vencendo os três consórcios já ajustados. Eis as propostas apresentadas¹⁴⁶:

	Lote 1 - Comunidade da Rocinha (Valor de referência: R\$ 167.647.398,07)	Lote 2 - Complexo de Manguinhos (Valor de referência: R\$ 221.585.821,00)	Lote 3 - Complexo do Alemão (Valor de referência: R\$ 470.703.471,07)
Vencedor	Novos Tempos (Queiroz Galvão/Caenge/ Carioca) R\$ 175.610.405,23	Manguinhos (Andrade Gutierrez/EIT/Camter) R\$ 232.009.048,29	Rio Melhor (Odebrecht/OAS/Delta) R\$ 493.333.505,49
2º colocado	Rio Melhor (Odebrecht/OAS/Delta) R\$ 175.778.580,21	Novos Tempos (Queiroz Galvão/Caenge/ Carioca) R\$ 232.399.345,45	Manguinhos (Andrade Gutierrez/EIT/Camter) R\$ 493.873.062,60
3º colocado	Manguinhos (Andrade Gutierrez/EIT/Camter) R\$ 175.945.029,71	Rio Melhor (Odebrecht/OAS/Delta) R\$ 232.554.330,86	Novos Tempos (Queiroz Galvão/Caenge/ Carioca) R\$ 494.050.527,32

Tabela 1. Resultado da Concorrência Nacional n. 02/2007. Acordo de Leniência Andrade Gutierrez.

Em ambos os lotes de licitação, a dinâmica das propostas de cobertura se deu da mesma maneira: o consórcio ajustado para vencer definia seu preço e as planilhas de preços das propostas de cobertura. Estas foram, posteriormente, entregues às integrantes do conluio, a fim de que, nos termos da planilha, cada uma apresentasse uma das opções de cobertura dos lotes.¹⁴⁷

Por tal dinâmica, todos os três consórcios de empresas ganharam uma obra, excluindo as demais empreiteiras que licitamente participaram do procedimento licitatório.

Pelo o exposto, viu-se, neste capítulo, que o procedimento licitatório fora usado como instrumento para a prática da corrupção, possibilitando ao Governador do Rio de Janeiro, a seus assessores (detentores de cargo público) e às empreiteiras a concretude de suas intenções, qual seja a obtenção de forma ilícita de valores dos cofres públicos.

¹⁴⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, op. cit., p. 89.

¹⁴⁷ Conforme dispostos nos itens 161, 167 e 171 do Acordo de Leniência. In: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, ibidem, p. 92-96.

Tal concretude somente se deu, pois, às empresas do conluio fora dada a liberdade de se montar o próprio edital de licitação, a fim de que as obras objetos da licitação lhes restassem garantidas.

Ainda, usaram do próprio edital para afastar outros possíveis concorrentes, impondo, por meio do instrumento convocatório, habilitação técnica consubstanciada em capacidade já sabida estar preenchida pelo grupo de empreiteiras integrantes da organização criminosa.

Não bastasse o narrado, é de se observar que ao caso também se concretizou a formação de cartel entre as empresas interessadas na licitação (integrantes do conluio fraudulento), havendo entre elas o ajuste das propostas a fim de que cada uma fosse vencedora de um objeto licitatório.

Desta forma, com este caso prático, buscou-se demonstrar que direcionados ao cometimento de ato ilícito, o grupo supracitado valeu-se de um procedimento lícito e voltado ao combate da corrupção, para a concretização de uma intenção ilícita. Assim, por todo o exposto neste capítulo, confirmou-se a veracidade da afirmativa estampada no título deste trabalho: “licitação como instrumento para a prática da corrupção”.

5. A PERFORMANCE BOND COMO MEDIDA DE CONTRIBUIÇÃO PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO

Discorrido sobre o procedimento licitatório e o seu desvirtuamento, traz-se neste capítulo uma possível contribuição para a minoração da prática da corrupção nas licitações brasileiras: a inclusão da chamada cláusula de garantia “*performance bond*” como critério de seleção de interessados em contratar com a Administração Pública.

A modalidade de garantia supracitada tem origem nos Estados Unidos da América do Norte que, após conhecerem o *statute of frauds* criado em 1677 pelo Parlamento Inglês, editaram uma lei exigindo garantias daqueles que pretendiam contratar com o Poder Público.

Conforme explanam Renato Chagas Machado e Thiago Custodio Pereira¹⁴⁸, o Parlamento Inglês teria criado o *statute of frauds* com o fim de que os contratos tivessem forma escrita com assinatura de ambas as partes, assim como a presença de um fiador. Posteriormente, a exigência do fiador teria sido transferida às companhias de seguro, tornando o serviço de seguro profissionalizado e lucrativo. Exemplo disto, é a criação da primeira empresa de seguros:

“Em 1837, a primeira empresa de seguros foi criada, a *Guarantee Society of London* e, poucos anos depois, o primeiro empreendimento no segmento de seguros abriu as portas nos Estados Unidos. Como a garantia prestada por empresas especializadas tornou-se mais conhecida e utilizada, ela logo se espalhou para a indústria da construção (...)”¹⁴⁹

Segundo apontam, tal seguradora teria iniciado suas atividades no território americano, que somente passou a exigir garantias para a contratação com o Poder Público em 1893, com a edição do *Heart Act*, posteriormente substituído pelo *Miller Act* em 1935. Esta legislação era aplicada quando de contratos celebrados para construção ou reforma de edifícios públicos, além das obras públicas com o governo federal americano. Atualmente, as modalidades de garantias do *Miller Act* são a *bid bond*, *performance bond* e *payment bond*.

¹⁴⁸ MACHADO, Renato Chagas; PEREIRA, Thiago Custodio. Subaproveitamento do performance bond em obras públicas no Brasil, p. 94-110. In: CONPEDI/UNICURITIBA. Direito administrativo e gestão pública. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 97. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/623yu435/45vQT103175J7QCz.pdf>>. Acesso em 20 de ago. 2018.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 97.

Segundo os autores, *bid bond* é um “seguro-garantia do licitante, ou seja, possui a finalidade de manter as propostas firmes”¹⁵⁰. Trata-se, pois, de uma garantia dada ao órgão licitador (tomador do serviço) em face de uma eventual recusa do vencedor da licitação em assinar o contrato objeto da licitação.

A *payment bond*, por sua vez, refere-se a “retenção de pagamentos, garantindo indenização, até o valor fixado na apólice, dos prejuízos causados pelo tomador ao segurado, em razão do descumprimento das obrigações contratuais vinculadas às retenções de pagamentos”¹⁵¹.

Finalmente, tem-se a *performance bond* que, segundo Modesto Carvalhosa, trata-se de instrumento que “garante o ente público contra o risco de inadimplência do contrato de obras firmado pela contratada: preço e abrangendo qualidade e prazos.”¹⁵²

Ainda, segundo o jurista, a *performance bond* possui as seguintes características:

- “(i) A apólice de garantia de obra ou fornecimento é inteiramente diversa da apólice de seguro;
- (ii) A apólice de seguro comum assegura ao segurado por fato desconhecido ou evento com data desconhecida. É firmada entre duas partes – a seguradora e o segurado, por fato futuro e/ou incerto;
- (iii) Já a apólice de *performance bond* é firmada entre três partes – (i) a seguradora, (ii) o ente público (segurado) que contrata e (iii) a pessoa jurídica privada contratada pelo ente público;
- (iv) A seguradora assume a obrigação de responder perante o ente público contratante pelo descumprimento das obrigações por parte da pessoa jurídica contratada para a realização de obras e de fornecimento;
- (v) Trata-se de acontecimento presente e conhecido que depende unicamente do cumprimento (*performance*) do contrato perante o ente público contratante;
- (vi) O valor do ressarcimento ao ente público é o fixado na apólice, cujo montante a seguradora é notificada a pagar no caso de descumprimento do contrato. Essa soma poderá ser menor se o descumprimento corresponder apenas a uma parte da obra ou do fornecimento;
- (vii) Essa soma deve, sempre, corresponder ao total do valor da obra ou do fornecimento contratado entre o ente público e a pessoa jurídica privada, incluindo todos os valores adicionais, como o valor dos impostos, encargos previdenciários etc.;
- (viii) Esse valor global e abrangente, que deverá ser coberto pela seguradora no caso de inadimplência da contratada, é firmado simultaneamente, com outro contrato de indenização a favor da seguradora, firmado pela pessoa jurídica privada contratada, demais pessoas jurídicas do grupo empresarial e seus administradores, tendo por objeto a indenização ou o reembolso dos valores pagos pela seguradora ao ente público pela inadimplência total ou parcial da obra ou do fornecimento;

¹⁵⁰ MACHADO, Renato Chagas; PEREIRA, Thiago Custodio, Op. Cit., p. 97.

¹⁵¹ Ibidem, p. 98-99.

¹⁵² CARVALHOSA, Modesto. Combate efetivo à corrupção depende a quebra do capitalismo de laços. Revista dos Tribunais, vol. 967. 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-jun-14/modesto-carvalhosa-combate-corrupcao-ataca-capitalismo-lacos>>. Acesso em 28 de nov. 2017.

- (ix) Trata-se de um contrato de indenização em favor da Seguradora, com cláusula de solidariedade da empreiteira ou fornecedora contratada, que inclui os principais diretores do grupo as controladoras e controladas, diretas e indiretas etc.;
- (x) O contrato de indenização firmado entre a seguradora e a pessoa jurídica contratada pelo ente público faz parte integrante da apólice, sendo, portanto, do pleno conhecimento das três partes envolvidas.¹⁵³

No cenário brasileiro, para que se garanta o cumprimento do contrato celebrado com a Administração Pública, é possível que esta exija determinada garantia dos interessados na contratação. Isto, desde que haja previsão no instrumento convocatório da licitação, nos termos do art. 56, da Lei 8.666/93.

Em que pese o legislador tenha possibilitado a inclusão de garantia nos contratos públicos, vê-se que, diferentemente da *performance bond* americana, a garantia brasileira encontra, por disposição legal, limite de percentual do montante do valor do contrato. *In verbis*:

“Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. § 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

§ 2º **A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato** e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, **o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.**”¹⁵⁴

Vê-se que o valor máximo da garantia que pode ser requerida pela Administração Pública não ultrapassa a 10% do valor do contrato. Além disto, trata-se de uma opção dada ao licitador que, em querendo, pode exigir a referida garantia. O resultado não é outro: ante a baixa porcentagem de cobertura do

¹⁵³ CARVALHOSA, Modesto. Combate efetivo à corrupção depende a quebra do capitalismo de laços. Revista dos Tribunais, vol. 967. 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-jun-14/modesto-carvalhosa-combate-corrupcao-ataca-capitalismo-lacos>>. Acesso em 28 de nov. 2017.

¹⁵⁴ BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Planalto, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

contrato, somada a faculdade que o legislador deu ao ente público, a inclusão de garantias nos instrumentos convocatórios e contratos públicos se mostra tímida.

Na outra ponta, o aumento da corrupção no Brasil, e a verificação de obras públicas abandonadas, contribuiu para que alguns parlamentares do Congresso Nacional propusessem projetos de alteração da Lei de Licitações, a fim de adequá-la ao que os Estados Unidos já vinham fazendo: exigência de garantias às contratações públicas. Neste sentido, colaciona-se a narração de Cesar van der Laan:

“A ampliação e obrigatoriedade do seguro-garantia com cobertura integral das obras públicas passou a ser vista como medida essencial para extinguir a corrupção. Isso surgiu a partir de sua defesa em uma série de reportagens em revista semanal de grande circulação nacional nos primeiros meses do ano, e acatada rapidamente por alguns parlamentares no Congresso Nacional.

A ideia é adotar o modelo americano de performance bonds para obras públicas, baseado na garantia compulsória do valor integral do contrato por seguro, afastando outras modalidades de caução em dinheiro ou títulos públicos ou fiança bancária, em valores de cobertura de até 10% do valor contratual.”¹⁵⁵

A primeira manifestação parlamentar foi por meio do projeto de lei do Senado n. 59/2016, que visa a alteração da lei de licitações, a fim de que passe a ser obrigatória a prestação de garantia de 100% do valor do contrato de obras, serviços e fornecimento de bens de valor estimado superior a R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais).

A alteração supracitada, proposta pelo senador Eduardo Amorim, possui como justificativa a insuficiência dos limites então vigentes para a cobertura dos valores referentes às multas usualmente aplicadas por inadimplência contratual. Possibilitará também a realização da qualificação do licitante pelas seguradoras, que, quando forem contratadas, avaliarão os riscos que serão assumidos e as qualificações técnica e financeira das empresas.¹⁵⁶

Posteriormente, fora apresentado o projeto de lei n. 274/2016 pelo senador Cássio Cunha Lima.

Por tal projeto, fora proposta a obrigatoriedade de seguro-garantia de execução em todos os contratos públicos de obras e de fornecimento de bens e

¹⁵⁵ LAAN, Cesar van der. Reformulação da lei de licitações e contratações públicas: fragilidades na proposta de uso de seguro-garantia como instrumento anticorrupção.

¹⁵⁶ Conforme Projeto de Lei do Senado n. 54/2016, disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124968>>. Acesso em 23 de ago. 2018.

serviços, cujo valor fosse igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), estabelecendo, outrossim, a cobertura do seguro garantia em 100% (cem por cento) do valor do contrato. Eis a justificativa apresentada no projeto¹⁵⁷:

“Os constantes problemas de alterações de projetos, superfaturamentos, atrasos e abandonos de obras públicas demonstram a falta de proteção do Poder Público ao celebrar contratos com empresas privadas para a realização de obras ou fornecimento de bens ou serviços.

Esta situação torna ineficaz a gestão pública e favorece a ocorrência de atos de corrupção, com a conseqüente falta de amortização dos investimentos públicos que, assim, não conseguem propiciar o retorno esperado pela sociedade brasileira.

A falta de uma efetiva garantia da correta e tempestiva execução dos contratos públicos está diretamente relacionada com a inadequação da legislação nacional aplicável às licitações e aos contratos celebrados pela Administração Pública.

Daí a necessidade premente de uma legislação que, a exemplo do que ocorre na iniciativa privada, garanta o resultado esperado pelo Poder Público ao contratar obras e fornecimentos. A experiência internacional, principalmente com o Miller Act norte-americano e algumas legislações europeias, demonstra que a contratação pública somente tem eficiência, previsibilidade e segurança de amortização do investimento público, com a adoção de um sistema abrangente de seguro garantia que assegure o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelas empresas privadas ao contratar com o Estado.
(...)”

E complementa:

“Ademais, o Anteprojeto confere à seguradora amplos poderes de fiscalização da execução do contrato principal, tornando-a um terceiro interessado no correto adimplemento do contrato pelo tomador, sob pena de, em não fiscalizando corretamente o cumprimento do contrato, ver-se obrigada a indenizar o Estado ou assumir, diretamente ou por intermédio de terceiro, a execução do projeto.

É, nesse sentido, por exemplo, que o Anteprojeto exige a apresentação de projeto executivo adequado como condição à execução da apólice e, sobretudo, amplia o poder de ação imediato da seguradora após a comunicação do sinistro.

Embora o Estado continue fiscalizando o cumprimento do contrato por intermédio de seu corpo técnico próprio, o Anteprojeto cria um sistema que limita o diálogo entre os administradores públicos e as empresas privadas durante a execução do contrato, interpondo entre eles a figura da seguradora, na condição de principal interessada no correto adimplemento do contrato público.

Ele visa, assim, a complementar, aprimorar e modernizar o regime de licitação pública de obras e fornecimentos, trazendo soluções que se mostraram adequadas em outros países, sem desnaturar o atual regime nacional de contratação pública, especialmente as regras previstas nas Leis nº 8.666, de 1993 e nº 12.462, de 2011.
(...)”

¹⁵⁷ Conforme Projeto de Lei do Senado n. 274/2016, disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4461967&disposition=inline>>. Acesso em 23 de ago. 2018.

Observa-se que ambos os projetos, a ideia que se tem é a de que, ante o elevado valor dos contratos, as seguradoras, por iniciativa própria, passariam a fiscalizar a execução das obras públicas.

Para Cesar van der Laan, os projetos de lei são apresentados com a equivocada concepção do funcionamento do mercado de seguros. Segundo ele:

“A garantia compulsória do valor integral do contrato por seguro não irá incentivar a Seguradora a fiscalizar de perto a obra, pois ela não depende da fiel execução contratual para garantir seu lucro. Isso porque o prêmio cobrado para assunção de risco, independentemente do valor coberto, já embute a expectativa de ocorrência de sinistro, que está atrelada ao risco do segurado e da própria viabilidade inerente ao projeto a ser segurado.”¹⁵⁸

Em que pese o defendido pelo autor, não parece crível que as seguradoras deixarão de fiscalizar as empresas para as quais elevados valores garantem. Não bastasse isto, observa-se que o projeto de lei n. 274/2016, motivando a conduta fiscalizatória, sistematiza em seus artigos 21 a 25 a maneira como as seguradoras poderão assim o fazer.

Deste modo, mostra-se viável e justificável a inserção da exigência da *performance bond* no ordenamento brasileiro, a fim de que se garanta a execução dos contratos celebrados com o Poder Público.

Assim ocorrendo, contribuição também se verificará para o combate à corrupção, notadamente no que se refere ao procedimento licitatório. Isto, pois, sua exigência possibilitará a lícita concretude da licitação.

Isto, pois, quando da avaliação dos riscos do negócio pela seguradora, visto que para verificar os riscos da apólice, esta verificará, por via oblíqua, o se as empresas preenchem as exigências técnica e financeira requeridas na fase de habilitação do procedimento licitatório.

Ora, como já fora exposto em capítulo anterior, na fase de habilitação é frequente a realização de fraudes, ante o subjetivismo na avaliação das capacidades dos interessados em licitar.

Além disto, com a exigência do seguro-garantia, criar-se-ão barreiras para a ocorrência dos corriqueiros conluíus realizados entre agentes públicos e as empresas licitantes, que antes do início da fase externa da licitação, ajustam preços, propostas e até mesmo as cláusulas do edital.

¹⁵⁸ LAAN, Cesar van der. É crível o seguro-garantia como mecanismo anticorrupção nas obras públicas?. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2016/07/28/e-crivel-o-seguro-garantia-como-mecanismo-anticorrupcao-nas-obras-publicas/>>. Acesso em 20 jun. 2018.

Com a intervenção das seguradoras, os acordos ilícitos não se concretizarão com a facilidade já habitual, uma vez que, além da presença de um terceiro na relação original, este terá interesse na licitude e fiel concretude da obra, visto que poderá arcar com os custos que os conluíus deixarem¹⁵⁹, além dos prejuízos atinentes à inexecução da obra.

Neste sentido, já se manifestou Modesto Carvalhosa, para quem a *performance bond* é:

“remédio fundamental para o combate efetivo à corrupção sistêmica no Brasil é o rompimento desse capitalismo de laços, ou seja, a quebra da interlocução direta e promíscua das empreiteiras e fornecedoras com os agentes políticos e administrativos.”¹⁶⁰

Assim, ainda que se alegue a *performance bond* pode frustrar o caráter competitivo das licitações, ante a exigência de outro requisito para participação no procedimento licitatório (contratação de seguradora), seu uso não induz em consequente restrição da concorrência, visto que, na prática, sua obrigatoriedade se dará apenas às contratações com valores elevados (acima de 10 milhões de reais), ou seja, em contratos de magnitude que pressupõe a boa condição financeira da interessada em licitar.

Desta forma, seja para garantir a execução de contratos celebrados com o Poder Público, seja para assegurar o bom andamento do processo licitatório, a utilização da *performance bond* se apresenta como uma contribuição ao Brasil, notadamente ao combate da corrupção que há muito aqui tem se destacado.

¹⁵⁹ Neste ponto, anota-se que os custos do conluio se materializam no superfaturamento do negócio, por exemplo.

¹⁶⁰ CARVALHOSA, op. cit.

CONCLUSÃO

A corrupção, entendida como a putrefação de um ideal perquirido em uma sociedade, é tema corriqueiro no cenário mundial.

O Brasil, que muito experimenta os efeitos deste mal, é tido mundialmente como sendo um país com elevados índices de percepção da corrupção na Administração Pública. Isto, pois, o Brasil, dentre cento e oitenta países, é considerado um dos noventa países mais corruptos do mundo, ao lado da Colômbia e Peru, e, bem distante da Finlândia e Dinamarca, considerados os países com menor presença da corrupção.

Na Administração Pública, a prática de atos corruptos pode ser encontrada nas contratações públicas, no desvio de verbas, além da prática de nepotismo, todos cuja ocorrência se dá em razão de deficiências do sistema jurídico administrativo brasileiro.

Exemplo desta deficiência é o próprio procedimento licitatório que, conforme discorrido neste trabalho, ao mesmo tempo que nasce para combater favorecimentos na contratação pública, também pode ser utilizado como mero instrumento voltado à concretude de conluíus e acordos ilícitos com vistas a saquear o erário.

Ora, a licitação, em vez de utilizada para a escolha da proposta mais vantajosa à Administração Pública, é usada para garantir melhores vantagens à criminalidade cartelizada que simula respeitá-la, quando, em verdade, já tinha ajustado os termos do edital, as características e qualificações necessárias para as habilitações técnica e financeira, bem como as propostas a serem apresentadas para que se vença o procedimento licitatório.

Isto, pois, em muitos editais de licitação, exigem-se das partes qualificações técnicas que somente a empresa em conluio possui, assim como também se analisa a situação financeira das interessadas em licitar com forte grau de subjetividade.

A operação Calicute muito bem clareia esta dinâmica. Diversas empresas da área da construção civil se unem, em forma de cartel, e acertam com os agentes públicos quem delas vencerá a licitação, pagando ao representante estatal propinas em contraprestação à entrega do objeto licitatório. Tudo é garantido em razão do direcionamento da contratação, já iniciado antes mesmo do processo licitatório, em sua fase interna.

De fato, tal dinâmica não viola apenas o caráter competitivo da licitação. Seus efeitos vão além: valores pertencentes ao povo brasileiro são destinados ao enriquecimento ilícito de poucas e corruptas pessoas, que se fartam em mordomias em detrimento da sociedade. Esta, em razão de tal desfalque, a população brasileira sofre com falta de saneamento básico, moradia digna, educação decente e segurança pública apropriada.

Em que pese o esforço empreendido por diversas instituições públicas para o combate destas práticas, caso não se quebre a ligação existente entre os agentes públicos e as pessoas interessadas em licitar com o Estado, a licitação poderá perdurar por tempos como instrumento assecuratório de conluíolos fraudulentos.

Neste sentido, a exigência da *performance bond* nas contratações públicas se mostra demais necessária, visto que, além de garantir a fiel execução de obras públicas, minorará as chances de prévios acordos ilícitos entre o Poder Público e as empresas interessadas em licitar, uma vez que um terceiro interessado (seguradora) se apresentará como intermediário na relação entre eles, fiscalizando suas condutas durante todo o procedimento licitatório e execução do futuro contrato.

De certo, por tal exigência não se erradicará a corrupção, até porque as causas desta são bem amplas. O que se terá, entretanto, é um novo instrumento voltado ao combate deste mal, a fim de que, na etapa de contratação com a Administração Pública, seja trazida de volta a essência do procedimento licitatório, qual seja possibilitar à Administração Pública a escolha da proposta mais vantajosa, assim como garantir a real igualdade de participação de todos quantos dela desejam participar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Administrativo, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

AMUNDSEN, Inge. Political corruption: na introduction to the inssue. Development Studies and Human Rights. Working paper n. 1997: 7. Bergen: Chr. Michelsen Istitute, 1999, p. 1. Disponível em: < <https://www.cmi.no/publications/file/1040-political-corruption.pdf>>. Acesso em 10 de Mar. 2018.

ARAUJO, Nádia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira. 1. ed. Porto Alegre: Revolução EBook, 2016.

BARBOZA, Márcia Noll. "O combate à corrupção no Mundo Contemporâneo e o papel do Ministério Público no Brasil". Concurso de Monografias do Ministério Público da União. Ministério Público Federal, 2006. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/noticias-1/eventos/docs-monografias/monografia_3_lugar.pdf/view>. Acesso em 23 de fev. 2018.

BECHARA, Fabio Ramazzini. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior. 2009. 198 f. Tese (Programa de Pós-graduação em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BRASIL. BIBLIA ONLINE. BIBLIA, A.T. Isaías 1, 21-25. In BIBLIA. Português Disponível em< <https://www.bibliaonline.com.br/acf/is/1>>. Acesso em 24 de abr. 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 21 abr. 2018.

_____. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2.000, Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em 20 ago. 2018.

_____. Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002, Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/2002/D4410a.htm. Acesso em 20 de ago. 2018.

_____. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 20 de ago. 2018.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 10 de set. 2018.

_____. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Planalto, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 14 de set. 2018.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em 13 de set. 2018.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em 13 de set. 2018.

_____. Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em 25 de ago. 2018.

BRETAS, Marcelo da Costa. Sentença condenatória. Rio de Janeiro: 2017, p. 2. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/sentencacalicutec/view>>. Acesso em 14 de set. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo, 31. ed. rev, atual. e ampl.. São Paulo: Atlas, 2017.

COELHO JUNIOR, Lauro; EL-HAGE, Eduardo Ribeiro Gomes; FREITAS, Leonardo Cardoso; OLIVEIRA, Renato Silva de; SILVA, Rodrigo Timóteo da Costa e; VAGOS, José Augusto Simões. Inicial acusatória do Ministério Público Federal na operação

Calicute. Rio de Janeiro: 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/calicute/view>>. Acesso em 14 de set. 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Histórico de conduta do acordo de leniência 9/2016. Brasília: 2016. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uW eaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPHE2lDclt93semVvOsWtNTtsqhLup3d2EMf8pRzS0iBMH1Jxr7YQMUCzjv6SvG72n1ea1a4hG6-Bn7tPlvRLQ5>. Acesso em 14 de set. 2018.

DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação, 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

DA MATTA, Roberto. O que faz o Brasil, Brasil? Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1991.

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 38 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

DELLAGNOL, Deltan. A luta contra a corrupção: a lava jato e o futuro de um país marcado pela impunidade. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.

DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA. Combate a cartéis em licitações: guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação, 2008, p. 8. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view

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

DIAS, Sergio Luiz Pinel; EL-HAGE, Eduardo Ribeiro Gomes; FERRARI, Marisa Varotto; FREITAS, Leonardo Cardoso de; SANTOS, Rafael A Barreto dos; SCHNEIDER, Fabiana Keyla; SILVA, Rodrigo Timóteo da Costa e; VAGOS, José Augusto Simões. Alegações finais escritas do Ministério Público Federal na operação Calicute. Rio de Janeiro: 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/alegacoes-finais-calicute>>. Acesso em 14 de set. 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, 1910-1989. Miniaurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa/ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira; Coordenação de edição, Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira, lexicografia, Margarida dos Anjos... (et al.) 4. ed. rev. ampliada. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 185, p. 1-18, jul. 1991. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44482>>. Acesso em: 03 Jan. 2018.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. A&C – Revista de

Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/07/corruptao-licitacoes.pdf>. Acesso em 10 de Julho de 2018.

FURTADO, Lucas Rocha. As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GAMA, Victor Azambuja. A economia política da corrupção: o caso mensalão. 2006. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Econômicas)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2006.

GARCIA, Mônica Nicida. Três convenções internacionais anticorrupção e seu impacto no Brasil. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). Corrupção, ética e moralidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Abril, 1974. (Os pensadores; v. 14)

HOLANDA. Sergio Buarque de. Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 26ª ed, 1995.

INTERNACIONAL, Transparency. Corruption perceptions index. 2017, versão em inglês, p. 3. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017. Acesso em 20 de Mar. 2018.

INTERNACIONAL, Transparency. Índice de Percepção da Corrupção. 2017, versão em português. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/5a86d82132601ecb510239c2/t/5a8dc5b89140b72fa5081773/1519240719239/IPC+2017+-+RELATO%CC%81RIO+GLOBAL.pdf>. Acesso em 20 de Mar. 2018.

MACHADO, Renato Chagas; PEREIRA, Thiago Custodio. Subaproveitamento do performance bond em obras públicas no Brasil, p. 94-110. In: CONPEDI/UNICURITIBA. Direito administrativo e gestão pública. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/623yu435/45vQT103175J7QCz.pdf>. Acesso em 20 de ago. 2018.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. Crime organizado. 2. ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo: MÉTODO, 2016.

MARTINS, José de Souza. O Poder do atraso: ensaios de sociologia da história lenta. São Paulo: Hucitec, 2ª ed., 1999.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público, 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado (Colab.). Direito administrativo brasileiro. 42. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

NUNES, Antonio Carlos Ozório. Corrupção: o combate através da prevenção. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). Corrupção, ética e moralidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 15-35.

ORLANDI, Roberta Muramatsu Karolina Wachowicz. Interpretando A Corrupção De Governo No Brasil Do Século XXI: resultado não-intencional do alto compadrio e pouca liberdade econômica?. In: Fórum Liberdade Econômica, 06-11-2017 a 11-11-2017, São Paulo, p. 01-27. Disponível em: <http://liberdadeeconomica.mackenzie.br/fileadmin/ARQUIVOS/PUBLIC/SITES/ECONOMICA/2017/Artigo_Forum_Mackenzie__de_Liberdade_Muramatsu_e_Wachowicz_INTERPRETANDO_A_CORRUPC__A__O_DE_GOVERNO_NO_BRASIL_DO_SE__CULO_XXI__versao_final.pdf>. Acesso em 10 de Mar. 2018.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico. 2010. 413 f. Tese (Programa de Pós- graduação em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PELLEGRINI, L. Economic Analysis of corruption, p. 2). Disponível em: <<http://www.stat.unipg.it/aissec2009/Documents/papers/pellegrini.pdf>>. Acesso em: 10 de mar. 2018.

PORTAL FGV. ICJBrasil 2017: Confiança da população nas instituições cai. 2017. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/noticias/icjbrasil-2017-confianca-populacao-instituicoes-cai>>. Acesso em 15 de mai. 2018.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

RAMOS, Luciana de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SAMPAIO, Joelson de Oliveira; BUENO, Rodrigo De Losso Silveira; ÚBIDA, Giovanna. Relatório ICJBrasil: 1º semestre de 2017. Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf> . Acesso em 15 de mai. 2018.

ROCHA, A. F. O. e WERMUTH, M. A. D. "O difícil processo de consolidação da cidadania plena no Brasil: Notas sobre o patrimonialismo, clientelismo, a corrupção e a pobreza política. " Revista do Direito 29: 146-165, jan-jun. 2008. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/588/460>>. Acesso em 25 de abr. 2018.

ROMEIRO, Adriana. Corrupção e poder no Brasil: uma história, séculos XVI e XVIII, 1ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

SECRETARIA NACIONAL DA JUSTIÇA; DEPARTAMENTO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. Cartilha Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal. Brasília, 2014. Disponível em

<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/arquivos/cartilha-penal-09-10-14-1.pdf>

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. Economia política da corrupção: o escândalo do orçamento. São Paulo: FGV, 1995. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Marcos_Fernandes3/publication/39733626_A_Economia_Politica_da_Corruptao_o_Escandalo_do_Orcamento/links/5405dedd0cf23d9765a77bf9/A-Economia-Politica-da-Corruptao-o-Escandalo-do-Orcamento.pdf?origin=publication_detail>. Acesso em 15 de jul. 2018.

THOMPSON, Dennis F., Two Concepts of Corruption (August 1, 2013). Edmond J. Safra Working Papers, No. 16. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2304419>. Acesso em 28 abr. 2018.

TOLLISON, R. "Rent-seeking: a survey," *Kyklos*, vol. 35, fasc.4, pp. 575-602, 1982. Disponível em: < <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-6435.1982.tb00174.x>>. Acesso em 12 de fev. 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Referencial De Combate à Fraude e à Corrupção, 2016. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A258B033650158BAEFF3C3736C&inline=1>. Acesso em 20 de Fevereiro de 2018.