



ANÁLISE DA POLÍTICA CRIMINAL ADOTADA NO COMBATE À CORRUPÇÃO EM LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL E A TEORIA DE GARY BECKER.

Guilherme de Souza Goulart¹

Mariana Tonico Schalanski²

RESUMO

Em 1993 foi promulgada no Brasil a Lei nº 8.666, a fim de regulamentar o disposto do Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, a qual deu à matéria o *status* constitucional. Em seu texto estão presentes tipos penais específicos, os quais têm por finalidade coibir ações que intencionem obter vantagem indevida em detrimento da Administração Pública, constituindo verdadeira evolução do tema em matéria penal. Assim, percebe-se a utilização do Direito Penal, a partir da teoria de Becker, enquanto ferramenta econômica de incentivo negativo às condutas ilícitas em licitações. À luz de uma análise econômica do direito, buscar-se-á verificar a eficiência da política criminal no contexto brasileiro.

Palavras-chave: Crimes. Licitações. Direito Penal. Externalidades. Eficiência, Lei nº 8.666/93

ABSTRACT

In 1993 in Brazil was promulgated Law No. 8666, in order to regulate the provisions of Art. 37, item XXI of the Federal Constitution of 1988, which gave the matter the constitutional status. In his text are present specific criminal types, which aim to curb actions in order to obtain undue advantage to the detriment of the public administration, constituting real evolution of the subject in criminal matters. Thus, notices the use of criminal law, from Becker's theory, while economic negative incentive tool to malfeasance in bids. In the light of an economic analysis of law, this paper seeks to verify the efficiency of the criminal policy in the Brazilian context.

Key-Words: Crimes. Bid Procedure. Penal Law. Externalities. Efficiency. Law nº8.666/93

1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA) e Advogado. Endereço eletrônico: gsouzagoulart@hotmail.com

2 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). E-mail: mariana.schalanski@hotmail.com



INTRODUÇÃO

Cotidianamente, ao ligar a televisão, o brasileiro se defronta com notícias sobre corrupção, desvios, fraudes, entre outros crimes econômicos e, ao que parece, muitos deles são cometidos no âmbito das licitações.

A questão que aflora destas constatações é a capacidade do Direito Penal de combater esta criminalidade e a cultura da corrupção, especificamente na maneira como ele é aplicado hoje ou se existe uma outra maneira, talvez melhor adequada.

Este trabalho se utilizará de uma análise econômica do Direito para depois poder realizar uma análise do Direito Penal econômico, especificamente em licitações. O método utilizado para se chegar a tal objetivo é o dedutivo, partindo de premissas gerais para chegar a premissas específicas, através de uma análise monográfica e comparativa com fim de embasar as premissas trazidas.

Neste trabalho será abordada a questão penal, primeiramente pelo viés econômico, através da teoria de Gary Becker, também contemporânea da promulgação da Lei de licitações, depois será feita uma análise da eficiência dos tipos penais especiais previstos no corpo da lei e, por fim, se analisará os caminhos trilhados pelo Direito Penal econômico no Brasil e no mundo para ver se há margem para se aplicar na questão licitatória.

1. ASPECTOS PENAIS NA LEI DE LICITAÇÕES

Com a promulgação da Lei nº 8.666/93, o legislador pátrio achou por bem trazer à tutela do direito penal condutas cujo efeito considerou gerador de dano social, mas, a despeito disso, esta tipificação penal caracterizou aumento no custo do procedimento licitatório, tanto para a própria Administração, quanto para os demais participantes, conforme exposto adiante na análise matemática de Gary Becker.

Esta criminalidade especial teve como fundamento o controle e diminuição das externalidades negativas geradas pelas incontáveis fraudes, burlas, ajustes e impedimentos que, ao longo do tempo, tornaram-se características da Licitação.

O corpo da lei de licitações ampliou a tutela penal preexistente de dois, para dez tipos penais, o que, pela teoria econômica criminal de Gary Becker, redundou a estratégia em um aumento considerável no custo das práticas delitivas, visando tornar a ilicitude economicamente desinteressante para o possível infrator.



Por outro lado, entende-se que esta mesma lei deixou de observar um dos fundamentos da teoria de incentivo negativo de Becker, ao trazer aspectos que diminuem a probabilidade de condenação dos agentes criminosos. Em outras palavras, a lei buscou elevar o custo do ilícito extrapolando as hipóteses de incidência, mas reduziu consideravelmente as possibilidades de efetiva condenação destes agentes.

Assim, verifica-se que as condutas ilícitas inerentes aos certames licitatórios não sofreram abalo com o advento da Lei n° 8.666/93. De modo que, outras medidas urgem tanto pelo clamor público, quanto pela necessidade da redução dos custos econômicos desta criminalidade e, nesta esteira, novas abordagens de utilização do direito penal começam a tomar forma no cenário brasileiro, advindos da mais atualizada doutrina criminológica internacional.

1.1 Criminalidade e Economia: a análise de Gary Becker

Salienta-se, primeiramente, o trabalho de Gary Becker, laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel (1992), titulado *Crime and Punishment: An Economic Approach*³ como aquele que rompeu com as teorias sociológicas e psicológicas da anomia (MARIE, 2014, p.7), que dominavam as disciplinas criminológicas, para adotar uma abordagem estendida à *escolha racional* do delinquente, como aquele sujeito avesso ao risco.

Neste sentido, dizem Philip J. Cook, Stephen Machin, Oliver Marie e Giovanni Mastrobuoni (2014, p. 7):

Primeiramente, a partir de 1920, as disciplinas dominantes eram sociologia e psicologia, e assim continuou conforme departamentos de criminologia e escolas eram estabelecidos no período pós-guerra. Becker escolheu por distanciar-se, em vez de adequar-se, a esta tradição, afirmando que 'uma teoria do comportamento criminal útil poderia dispensar as teorias especiais da anomia (comportamento anárquico), inadequações psicológicas, ou heranças de traços especiais e, simplesmente, estendeu a análise econômica da escolha (racional)'.⁴

3 “Crime e Punição: uma abordagem econômica” (em livre tradução).

4 Traduzido livremente a partir de: Prior to that, from the 1920s, the dominant disciplines were sociology and psychology, and that continued as criminology departments and schools were established in the post-war period. Becker chose to bypass rather than engage with that tradition, stating that 'a useful theory of criminal



Becker trouxe ao Direito Penal e à Criminologia uma nova concepção de comportamento criminal como aquela decisão individual, influenciada (positiva ou negativamente) pelas consequências perceptíveis, avaliadas como uma escolha econômica e não mais como uma patologia pessoal ou social do agente. (MARIE, 2010, p. 8).

Neste sentido José Maria Aguilar Gonzáles e Cristina Castro Sotos (2006, p.1)

En 1968 Becker publica el artículo "Crime and Punishment: An Economic Approach" en el que presenta una visión completamente nueva del comportamiento criminal. Es prácticamente uno de los puntos de partida de la teoría económica del delito, teoría que ofrece un modelo que pretende predecir el comportamiento delictivo y establecer un objetivo para el derecho penal. La teoría del comportamiento delictivo básicamente sostiene que el delincuente compara el beneficio de cometer un delito con el coste o daño que supone el castigo esperado establecido por el derecho penal. Partiendo de esta base el análisis económico del delito intenta elaborar una teoría del castigo óptimo. Esta teoría analiza los costes que el delito genera a la sociedad y los costes de represión o disuasión del delito. El objetivo se configura como la minimización de la suma de ambos costes.

Sobre esta utilização do sistema jurídico em relação aos conceitos econômicos de incentivo e desincentivo, explicam Maria Aguilar Gonzáles e Cristina Castro Sotos (2006, p.1):

En este sentido, los incentivos que se derivan del ordenamiento jurídico es un concepto fundamental del análisis económico del derecho. Esta disciplina define a los sujetos como seres racionales que buscan maximizar una determinada función de utilidad; por ello, a la hora de tomar una decisión tendrán en cuenta una serie de factores que favorecen dicha decisión (y que denominamos incentivos) y otros que juegan en contra de tal decisión (y que denominamos desincentivos). Los costes que implica una opción equivalen a un desincentivo para adoptarla. Cualquier incremento de los beneficios o disminución de los costes esperados juega el papel de incentivo.



Em termos práticos, para Becker, a política criminal a ser aplicada deve levar em consideração, como custo social da criminalidade a soma da vitimização (e da ameaça de vitimização), mais o custo indireto dos esforços no sentido de controlar, combater e prevenir o crime, como a manutenção da força policial (chance de apreensão) e o custo do poder judiciário (custo de condenação) (MARIE, 2013, p. 7).

Neste sentido, diz Oliver Marie (2013, p. 8): “A questão econômica não se limita a 'o quê funciona?' no controle do crime, mas em 'o quê vale a pena?'. Análise do custo-benefício fornece uma série de regras para responder esta questão e, mais genericamente, encoraja uma abordagem compreensiva para valoração.”⁵

Segundo as palavras do próprio Becker (1960, p. 36 e 37), entender-se-á que:

“Nossa análise do crime é uma generalização da análise dos economistas do dano externo (externalidade) ou diseconomia. Analiticamente, a generalização consiste em introduzir custos de apreensão e condenação, que fazem a probabilidade de apreensão e convicção uma importante decisão variável, e em tratando punições por aprisionamento e outros métodos assim como também por pagamentos monetários. Um crime é aparentemente não muito diferente analiticamente de qualquer outra atividade que produza uma externalidade negativa e quando crimes são puníveis com multas, as diferenças analíticas virtualmente desaparecem” .⁶

Becker quis dizer que sua teoria consiste em introduzir o custo de uma possível apreensão ou condenação no raciocínio do agente, para que isto seja levado em consideração, quando este planejar produzir efeito externo danoso no mercado (como por exemplo, fraudar uma licitação para obter vantagem financeira indevida).

Neste sentido, a Teoria de Becker assume as seguintes premissas matemáticas (Ahmres College, Economics 66, 2007, sp.):

5 Tradução livre de: “The economic question is not limited to 'what works?' in crime control, but 'what is worthwhile?' Cost-benefit analysis provides set of rules for answering that question, and more generally encourages a comprehensive approach to evaluation”.

6 Traduzido livremente: Our analysis of crime is a generalization of the economist's analysis of external harm or diseconomics. Analytically, the generalization consists in introducing costs of apprehension and conviction, which make the probability of apprehension and conviction an important decision variable, and in treating punishment by imprisonment and other methods as well as by monetary payments. A crime is apparently not so different analytically from any other activity that produces external harm and when crimes are punishable by fines, the analytical differences virtually vanish”



O = Número de Ofensas

p = Probabilidade de Apreensão

f = Valor monetário do custo a ser pago quando apreendido (e condenado)

O fundamento é estabelecer, dentro da política de Estado, qual a melhor forma de diminuir o número de ofensas, através da escolha de “ p ” ou “ f ” como fator de elevação do custo social da conduta para o possível infrator.

Ou seja, o Estado deve escolher investir na probabilidade de apreensão (polícia, fiscalização, legislação penal e administrativa) ou, optar pela majoração do valor monetário desta apreensão (aumento da pena cominada ao crime, por exemplo) para tornar a conduta economicamente desvantajosa.

Entretanto, qualquer que seja a aplicação escolhida pelo Estado, esta terá um custo a ser considerado (Custo Social) que pode transformar a política criminal em um mau negócio para a sociedade.

A maneira mais segura de diminuir este Custo Social, segundo Becker, é através da aplicação de uma penalidade restaurativa que, no caso dos crimes econômicos, seria a pena de multa.

No fim, expressão matemática na qual deve se pautar a política criminal do Estado de Becker deve levar em consideração as seguintes variáveis (Ahmres College, Economics 66, 2007, sp.):

$D(O)$ = Dano do Crime

$C(O,p)$ = Custos de Apreensão (como função das ofensas e probabilidade de apreensão)

Custo esperado da pena = $bpfO$ onde b traduz-se no custo social da aplicação da pena ($b \approx 0$ para multas).

Custo social total = $D(O) + C(O, p) + bfpO$.

Salienta-se que a análise matemática do trabalho de Becker não é o objeto deste trabalho, de modo que o tema não será exaurido. A grande questão da qual se utiliza, inclusive para situar o leitor, diz respeito a premissa básica derivada da fórmula acima aludida, que sugere, qualquer que seja o enfoque da política criminal (“ f ” ou “ p ”), se aplicada a pena de multa (“ b ”), o custo social total será sempre o menor possível.



Em conclusão, quando o Estado criou condutas criminais na Lei de Licitações, buscou aumentar a probabilidade de incriminação (por exemplo, de dois para oito tipos penais), mas deixou de observar outros requisitos da teoria acima aludida, de modo que o custo social total seguiu muito elevado e a redução do dano praticamente não se alterou.

A questão que persiste diz respeito, a saber, por que esta ampliação da política de probabilidade de apreensão não foi capaz de gerar o efeito social dela esperado, ou seja, diminuir a ocorrência de externalidades danosas para a Administração Pública decorrentes da prática das condutas típicas (ilícitos penais) da Lei 8.666/93.

1.2 A ineficiência da política criminal no caso brasileiro

Hodiernamente, dez tipos penais preveem condutas possíveis de sanção para os agentes públicos e particulares que desvirtuarem certames. Estas condutas também são fruto de uma evolução histórica que acompanha o viés econômico e cujos reflexos são sentidos na seara criminal, penal e processual penal, inclusive, a nível internacional.

Especificamente na questão brasileira, como já salientado anteriormente, até o início da década de 90, apenas duas condutas eram previstas no Código Penal Brasileiro, artigos 326 e 335, tipificando a violação do sigilo das propostas em concorrência e o impedimento, perturbação ou fraude em concorrência, respectivamente (BRASIL, 2015, sp.).

Segundo Puchalsky (2008, p. 44), “a partir de 1993, foi promulgada a Lei nº 8.666, que inovou ao prever em seu bojo sanções penais que tutelam crimes cometidos em matéria de licitações, que estão previstas a partir do artigo 89 até o artigo 99 e cominam penas de detenção que vão de seis meses a seis anos e multa”. Somando-se às sanções privativas de liberdade, como bem disse a autora, há previsão, ainda, de aplicação concomitante de pena de multa, conforme estatui o Art. 99, §1º, da Lei das Licitações, a qual não poderá ser inferior a 2%, nem superior a 5% do valor do contrato licitado.

Quanto ao fator criminológico, poder-se-ia dizer que a tutela imposta pela legislação supracitada decorre do anseio político e do conseqüente emprego desarrazoado da política criminal, como forma de resposta aos anseios sociais e do



medo decorrente do modo social pós-industrial em que vivemos, ora denominado de “sociedade de risco” (*Risikogesellschaft*). (SÍLVA SÁNCHEZ, 2002, p. 28 e 29).

Tal tendência generalista do medo e da percepção social da ameaça como fator determinante da escolha, pelo Estado, da aplicação do Direito Penal como resposta aos problemas que afrontam a sociedade é explicada também por Hassemer (2003, p. 66), quando aduz que “vivimos actualmente uma dramatización de la violencia y la amenaza. A esto no es ajena la política criminal, por médio de agravaciones del derecho penal y su conversión en un instrumento de conducción estatal”

Ou seja, ao viver em um estado de incerteza e de descrédito social, o Governo tende a editar leis penais sancionando determinados comportamentos sem verificar se esta é a melhor solução no plano ontológico.

O problema, pelo que se pode notar, reside justamente nesta aplicação pura do Direito Penal, cuja análise não considera as características criminológicas inerentes aos agentes que objetiva combater, mas tão somente apresentar uma resposta, muitas vezes meramente simbólica, para a sociedade, outras vezes decorre tão somente da falta de criatividade do legislador ao buscar resolver o problema usando do Direito Penal como única forma de resolução dos conflitos sociais e, em grande parte dos casos, usando mal. Em outras palavras, seria dizer que a política criminal brasileira na Lei de Licitações, trata-se de uma legislação meramente paliativa.

Neste sentido, assevera Puchalsky (2008, p. 68 e 69):

[...] com base em princípios gerais do direito e na ânsia de que se resolvessem os problemas existentes na década de 80 quanto a falta de lisura nos certames licitatórios foi promulgada em 21 de junho de 1993 a Lei nº 8.666. A lei veio para ser um limitador com a expectativa de que ela traria para o âmbito das licitações a moralidade que faltava e para tanto inseriu em seu texto até mesmo sanções administrativas e penais, cabendo a Administração Pública no cumprimento do dever de auto-tutela, cominar essas penalidades àqueles que direta ou indiretamente pratiquem condutas consideradas antijurídicas.

[...]

Na realidade o que ocorre é que o caos que ocorria na década de 80 jamais deixou de existir, foi na verdade camuflado por notícias esperançosas de que a nova lei seria a solução de todas as dificuldades. Mas, depois de um



tempo, verificou-se que a lei gerava incertezas e tumulto na sua aplicação. Vários tipos penais ali inseridos são muito abrangentes e conceituados sem qualquer critério científico, tornado sua aplicação problemática.

Pelo aludido, nota-se que mais uma vez, entre tantos possíveis exemplos, que a política brasileira deixou escapar valiosa oportunidade de realmente combater a criminalidade econômica, optando pela satisfação da opinião pública. Aliás, tal tendência não é exclusividade brasileira e já fora apontada por Hassemer (2003, p. 95), ao dizer “el legislador sigue en gran medida los sentimientos públicos de amenaza de la población em los campos mencionados, e intenta, em caso necesario, satisfacer una ‘necesidad de acción’, política actual mediante una legislación meramente ‘simbólica’.”.⁷

Percebe-se, pela análise da Teoria de Becker, que a política criminal presente na Lei nº 8.666/93 não adota nenhum meio eficaz de combate à criminalidade, apresentando seu caráter alegórico. Note-se que o apenamento é consideravelmente brando (detenção de 3 a 6 anos) e a pena de multa obedece a um valor irrisório (5% do contrato licitado)⁸, deste modo, não se configura o aumento real do custo pago pelo delinquente quando pego.

Quanto à outra medida possível de desincentivo (probabilidade de apreensão), salienta-se a natureza privativa de liberdade cominada aos delitos em espécie trazem para o núcleo da questão processual penal todas as garantias individuais a que faz jus o acusado, de modo a tornar extremamente improvável uma condenação, seja por ausência de materialidade, dolo específico, ainda, pela possibilidade de reparação do dano e conseqüente extinção da punibilidade do agente, ente outras medidas.

Fato é que a política criminal brasileira para o problema licitatório é inadequada tanto pelo viés da política criminal, quanto pelo viés econômico, e sua eficiência não resiste a uma breve análise do estado das coisas.

Evidencia-se este cenário com estatística da Controladoria-Geral da União (CGU), que realizou, em conjunto com o Departamento de Polícia Federal e o Ministério Público, pelo menos até setembro de 2015, **dezenove** operações onde

7 Em nota, os campos mencionados por Hassemer são o terrorismo, meio ambiente, crime organizado, delitos econômicos, drogas e proteção de dados. Portanto, inserido no tema deste trabalho.

8 Não raros os casos em que o superfaturamento do contrato ultrapassa em 1000% o valor do bem (a exemplo TC-006.801/2005-0), mesmo em se aplicando a multa máxima, o ilícito continuaria lucrativo.



constatou fraudes em processos licitatórios envolvendo recursos federais, nos mais diversos estados da federação.

Todas as operações acarretaram apreensões, buscas e, em alguns casos, prisão preventiva dos investigados, entretanto, como foram todas deflagradas em 2015, não existem sentenças nos casos. Destacam-se alguns pontos sobre algumas dessas operações:

1) Operação Semilla (RS):

Segundo as investigações, o esquema agia em benefício de empresas do setor agropecuário e agroindustrial. O grupo, por exemplo, reduzia valores de multas aplicadas, avocava processos para evitar a cobrança de infrações e agilizava procedimentos para ajudar empresas. Além disso, também foi constatada a existência de empresas e empresários que eram avisados previamente sobre fiscalizações realizadas por fiscais federais agropecuários. Também foi descoberto pagamentos de propina a agentes públicos por empresa prestadora de serviços relacionados a eventos promovidos pela superintendência. Os valores eram superfaturados e parte do pagamento era desviado para a conta de uma empresa que distribuía os valores entre o grupo. A operação contou com a participação de dois servidores da CGU no cumprimento de seis mandados de busca e apreensão e quatro de condução coercitiva nos municípios de Porto Alegre (RS) e Sapiranga (RS).

2) Operação Acesso Negado (SE):

“As investigações apontaram a existência de superfaturamento de contratos e de não prestação efetiva dos serviços avençados. Segundo apurado, o ISES beneficiou pessoas jurídicas e físicas ligadas entre si, em contratações que ultrapassam um milhão de reais. Os envolvidos estão sendo investigados pela prática dos crimes de fraude em licitação, associação criminosa e peculato, tipificados nos artigos 89 e 90 da Lei 8.666/93 e 288 e 312 do Código Penal, respectivamente.”

3) Operação Lama Asfáltica (MS):

As análises indicaram a existência de um grupo que superfaturava obras



públicas contratadas com a Administração Pública. O grupo agia por meio de empresas em nome próprio e de terceiros que atuam, principalmente, no ramo de pavimentação de rodovias, construção de vias públicas e serviços de coleta e limpeza urbana, valendo-se da colaboração servidores públicos para fraudar a licitações e superfaturar as obras e serviços. Além dos vínculos pessoais e familiares entre seus integrantes, o grupo investigado mantinha relacionamento com políticos da região participantes do esquema de corrupção, mediante vultosas doações para campanhas eleitorais. A deflagração da Operação consistiu no cumprimento de 19 mandados de busca e apreensão, sendo um em órgão público estadual, cinco em empresas e 13 em residências, com participação de 13 servidores da CGU, conforme autorização prevista na decisão judicial. Por ocasião da deflagração da operação procedeu-se ao afastamento de quatro servidores da Agesul/MS de suas funções públicas.

Todos estes trechos, salienta-se, foram retirados diretamente do site da Controladoria-Geral da União, na seção “Operações”, conforme fonte nas referências. Percebe-se, pela análise dos trechos, que todos eles tratam de superfaturamento em licitações, o que sugere a presença frequente do interesse econômico nestes crimes, importante para o estudo criminológico do tema. Outros dois pontos importantes e que merecem destaque neste caso são a presença frequente de políticos corruptos e de funcionários públicos nos esquemas fraudulentos e a dimensão milionária das verbas desviadas.

Ainda neste sentido, no âmbito municipal, a CGU divulgou, na 30ª edição referente ao ano de 2009 do seu Programa de Fiscalização por Sorteio que:

As irregularidades em processos licitatórios foram novamente os problemas mais encontrados em municípios fiscalizados pela Controladoria-Geral da União (CGU). **Na 30ª edição do seu Programa de Fiscalização por Sorteio, a CGU registrou problemas com licitações em 57 (ou 95%) dos 60 municípios fiscalizados.** As irregularidades envolvem, entre outros, dispensa indevida da licitação; uso de uma mesma licitação para contratar diversas obras; montagem irregular dos processos licitatórios e vínculos familiares entre licitantes e o prefeito municipal. Nesta edição, a CGU fiscalizou a aplicação



de R\$ 860 milhões nos 60 municípios e constatou, além das fraudes em licitações, desvio de recursos e de equipamentos, prática de sobrepreço e pagamentos por serviços não-realizados, entre muitos outros problemas. A fiscalização em campo foi feita entre outubro e dezembro do ano passado. Criado em 2003, o programa de fiscalização por sorteio já chegou a 1.761 municípios (31,64 % dos municípios brasileiros), fiscalizando recursos totais da ordem de R\$ 12,1 bilhões. (grifou-se)

Há, ainda, talvez o caso mais emblemático da história recente do país, qual cominou com a deflagração da chamada “Operação Lava-Jato” e com a prisão de mais de 20 pessoas. Abaixo quadro da Auditoria Especial nº 201407539, da Controladoria-Geral da União (BRASIL, 2014, p. 214), demonstrando a extensão econômica do dano à Administração Pública, além, é claro, a natureza transacional desta espécie de criminalidade:

Quadro 20 - Prejuízo aquisição da Refinaria Pasadena.

Evento	Pagamentos Efetuados à Astra (US\$)	Pagamento Justo Reconhecido Equipe (US\$)	Prejuízo (US\$)
Aquisição 50 % iniciais Refinaria Pasadena	359,000,000.00	93,000,000.00	266,000,000.00
Aquisição 50% finais Refinaria Pasadena	731,326,225.00	435,783,368.20	295,542,856.80
Procedimento arbitral ¹	0.00	0.00	8,666,687.52
Acordo Extrajudicial	89,173,775.00	0.00	89,173,775.00
Total	1,179,500,000.00	528,783,368.20	659,383,319.32

¹ Prejuízos decorrentes do procedimento arbitral ineficaz e dispendioso não foram incluídos na relação de pagamentos efetuados à Astra, pois decorrem de ônus de sucumbência, custas processuais e honorários advocatícios.

Fonte: Elaborado pela CGU.

Esta questão da Operação Lava Jato, em especial, é um excelente demonstrativo da capacidade lesiva dos crimes em licitação. O prejuízo ultrapassa **dois bilhões** de reais de dinheiro público.

Neste sentido, verificou-se também a quantidade de processos existentes no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja pesquisa teve como os termos



“licitação” e “8.666”, selecionando-se apenas resultados referentes a processos criminais, totalizando 340 processos.

Entretanto, para este trabalho, foram analisados apenas os processos referentes ao ano de 2015 e, através disto, verificou-se a existência de **quarenta e um** expedientes criminais apreciados pelas Câmaras Criminais do Tribunal Gaúcho, dos quais, **dezesesseis** resultaram em provimento total ou parcial para a acusação.

Dentre eles, destaca-se:

APELAÇÃO-CRIME. ART. 90, DA LEI Nº 8.666/93. FRAUDE OU FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DE CERTAME LICITATÓRIO. Prévio ajuste, entre empresas de fachada, mas do mesmo grupo familiar, para fraudar as licitações de saneamento urbano. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARCIALMENTE PROVIDO. POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70063136089, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 06/08/2015)

Ainda, outros acórdãos se destacam sobre o tema, todos o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

(Ação Penal - Procedimento Ordinário Nº 70062050224, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 25/06/2015); (Apelação Crime Nº 70061987368, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 07/05/2015) ; (Apelação Crime Nº 70061138988, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 29/01/2015)

O exposto acima tem como escopo unicamente demonstrar que a incidência de crimes em licitações não diminuiu com o advento da Lei nº 8.666/93. É possível dizer, inclusive, que as condutas se tornam cada vez mais frequentes, beirando o conceito de criminalidade econômica em série, como pontuou Faria Costa (2003, p.59).

Obviamente que o Direito Penal não está adormecido, inerte ou alheio a todas estas questões. Já florescem na doutrina internacional, movimentos que visam sistematizar o combate a esta espécie moderna de criminalidade. Em suma, o problema não é o Direito Penal em si, mas a sua aplicação equivocada pela política



criminal do Estado.

Neste ponto, imperioso abordar algumas das propostas pós-modernas quanto ao combate à criminalidade econômica e analisar sua aplicação em relação ao tema das licitações, partindo-se, essencialmente, da análise de Silva Sánchez (2002, p.76 e 77), que asseverou:

[...] a delinquência da globalização é *econômica*, em sentido amplo (ou, em todo caso, lucrativa, ainda que se ponham em perigo outros bens jurídicos). Isso significa que a reflexão jurídico-penal tem pela primeira vez como objeto essencial de estudo delitos claramente diversos do paradigma clássico (o homicídio ou a delinquência patrimonial tradicional). Trata-se de delitos qualificados criminologicamente como *crimes of the powerful*; de delitos que têm uma regulação legal insuficientemente assentada; e de delitos cuja dogmática se acha parcialmente pendente de elaboração. E tudo isso há de redundar em uma configuração dos mesmos sobre as bases significativamente diversas daquelas do Direito Penal clássico (da delinquência passional ou dos *crimes of the powerless*).

A delinquência econômica é uma dura realidade com a qual se deparam os operadores de Direito e da qual a sociedade espera uma resposta rápida e eficaz. Nesta esteira é imperioso que o Estado tenha cuidado para que o anseio por apresentar esta resposta não se confunda com o exagero da punição e, por outro lado, também não se transforme em mera alegoria.

2.3 A evolução do direito penal e sua aplicação na Lei de Licitações

Um dos fatores que impõe esta condição, senão exigência evolutiva do Direito Penal é justamente o advento da globalização. Esta provocação, segundo Silva Sánchez (2002, p. 77), gera um movimento legislativo cujo objetivo é identificar lacunas hipotéticas capazes de gerar o perigo e, uma vez consideradas presentes, positivá-las na forma de crimes.

Obviamente que esta aplicação desarrazoada não se veste de um respaldo eficaz, o que Silva Sánchez (2002, p. 77) considera um deficit na aplicação do direito penal e, ainda, causa um recrudescimento das penas, destacando que “dada a magnitude da tarefa assumida, parece razoável pensar que a menor *certainty* da



consequência jurídico-penal (...), se veja compensada com uma maior *severity* da mesma (isto é, com um reforço dos aspectos *simbólicos* da sanção)”

E conclui Silva Sánchez (2002, p.105), ainda, dizendo que

[...] seja como for, a política criminal oficial dos diversos Estados parece tender, a marchas forçadas, a aplicar também aqui o critério da '*tolerância zero*'. Assim, por exemplo, é seguramente uma manifestação de tal tolerância zero a possibilidade de deliberar pela expulsão – como forma de 'neutralização' mais barata – tão logo o estrangeiro adquira a condição de imputado em um procedimento penal:

A utilização deste meio de reprimenda, em especial no meio licitatório, apresenta característica semelhante à enunciada acima, uma vez que é ineficiente, é cara, traduz-se em sanções penais de difícil concretização, pecúnias aquém do dano gerado ou do lucro auferido, além de sanções administrativas e civis (improbidade) que não chegam nem perto de gerar obstáculo, tanto moral quanto fático, aos delinquentes desta criminalidade econômica.

É justamente neste diapasão, segundo entende-se pelo estudo em pauta, que doutrinadores de excelência como, por exemplo, Winfried Hassemer e Jesús-María Silva Sánchez conduzem o Direito Penal pós-moderno para longe de seu núcleo duro, garantista, de aplicabilidade mínima e pautado exclusivamente no conceito de culpabilidade.

A ideia que surge hodiernamente diz respeito a uma *expansão do direito penal* (ou a contenção da expansão do direito penal da pena privativa de liberdade), justamente no sentido de o Estado poder relativizar estas garantias processuais penais dos sujeitos de risco, diminuindo o rigor dogmático de tais preceitos subjetivos em favor de uma maior eficiência da pena, da possibilidade real de sancionar as condutas criminais econômicas, conforme diz Silva Sánchez (2022, p. 139).

Em suma, este fenômeno tem origem na ideia de valorar os direitos em conflito (garantias fundamentais subjetivas x direitos coletivos e transindividuais), de modo que da análise deste conflito resulte um novo pensamento jurídico de resposta coletiva, cujas situações fáticas pressuponham diminuição da esfera protetiva do Direito Penal.

Douglas Fischer (2011, p.19), exemplifica, com precisão que se adéqua à



exigida pelo tema, quando diz:

É que a ordem jurídico-constitucional prevê outros direitos (não se olvide dos coletivos e sociais) e também deveres (que são pouco considerados doutrinária e jurisprudencialmente no Brasil) e está calcada em inúmeros princípios e valores que não podem ser esquecidos ou relegados se a pretensão é efetivamente fazer uma compreensão sistêmica e integral dos comandos da Carta Maior.

Esta é a tendência observada na doutrina penal moderna. A relativização dos direitos e garantias penais quando no combate a criminalização concomitantemente a um distanciamento da aplicação das penas privativas de liberdade (aliás, demasiado caras do ponto de vista social e econômico). Esta relativização depende, obviamente, de uma aproximação deste aos preceitos do Direito Administrativo ou de Intervenção (*Interventionsrecht*) e com isto, de um conseqüente – e imprescindível – afastamento da aplicação das penas privativas de liberdade. (SÁNCHEZ, 2002, p.137)

Neste sentido, precisamente, Silva Sánchez (2002, p. 140 e 141), ao se referir a Hassemer, diz que “tal Direito seria menos pretensioso no que se refere as garantias materiais e processuais, mas, ao mesmo tempo, disporia de sanções menos intensas que as penais tradicionais”. E ainda, continua o autor que “a teoria clássica do delito e as instituições processuais, que por sua vez refletem a correspondente vocação da pena de prisão, não teriam que expressar idêntica medida de exigência em um Direito Penal moderno com vocação intervencionista e 'regulamentadora' baseado, por exemplo, nas penas pecuniárias, (...)”.

Deste modo, a premissa lógica decorrente do acima aludido é a de uma coexistência entre diversos Direitos Penais distintos, neste sentido é que se fala em expansão. Ou seja, não em relação ao espaço ou tempo, mas em relação ao seu núcleo duro e garantista, para uma realidade mais eficiente e regulatória. Este conceito pressupõe duas realidades do Direito Penal, segundo Silva Sánchez (2002, p. 143), o “*direito de primeira velocidade*” que constitui o verdadeiro cerne da seara penal, apenando os crimes com penas restritivas de liberdade, tratando de crimes clássicos, como o homicídio por exemplo e, desta forma, inseparável da análise dogmática da teoria do delito e das garantias materiais e processuais penais indispensáveis.



A segunda realidade, paralela em relação à antes mencionada, diz respeito ao chamado “*direito penal de segunda velocidade*”, o qual, por estar mais distante do núcleo duro da teoria criminal, torna razoável se impunham penas mais próximas às sanções administrativas – aliás, exige-as – nomeadamente as restritivas de direitos, sanções proibitivas ou multas, entre outras, de modo que, assim sendo, autorizam a flexibilização dos critérios de imputação e as garantias criminais dos imputados. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 144)

Assim, fica clara a aceção de que o Direito Penal de Segunda Velocidade trata de crimes modernos, nomeadamente econômicos, a espécie dos crimes em licitações e, neste diapasão, segundo a teoria da expansão do direito penal moderno, autorizam sejam punidos com maior incidência e menores garantias, o que, entende-se, está completamente oposto à realidade brasileira.

Sobre esta flexibilização do Direito Penal econômico, diz Silva Sánchez (2002, p. 146):

[...] a propósito do Direito Penal econômico, por exemplo, caberia uma flexibilização controlada das regras de imputação (a saber, responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ampliação dos critérios de autoria ou da comissão por omissão, dos requisitos de vencibilidade do erro, etc.), como também dos princípios político-criminais (por exemplo, o princípio da legalidade, o mandato de determinação ou o princípio de culpabilidade). Tais princípios, efetivamente, são suscetíveis de uma acolhida gradual e, da mesma forma que se dá hoje entre Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador, não teriam por que ser integrados em idêntica medida nos dois níveis de Direito Penal, com ou sem penas de prisão”.

Por fim, para sedimentar a questão da expansão do Direito Penal, diz Silva Sánchez (2002, p.143), ao falar do trabalho de Claus Roxin, que “Opor-se à 'modernização', ademais, em absoluto equivale a propugnar um 'Direito Penal das Classes', no qual o ladrão convencional continue sofrendo uma pena, enquanto o delinquente econômico ou ecológico ficaria à margem do Direito Penal”.

Tendo como cristalina a necessidade de expansão acima referida, seria interessante indagar qual medida alheia a prisão seria a mais adequada ao tema dos crimes perpetrados em licitações e, de um modo geral, conforme defende Gary Becker (1960, p. 44):



Multas tem severas vantagens sobre outras punições; por exemplo, elas conservam recursos, compensam a sociedade bem como punem ofensores e simplificam a determinação da otimização do “p” e “f”. Não surpreendentemente, multas são a punição mais comum e têm crescido em importância ao longo do tempo. Ofensores que não podem pagar as multas tem de ser punidos em outros meios, mas a análise otimizadora sugere que o valor monetário para eles (os apenados) destas punições (outras que a multa) deverá, geralmente, ser menor que as multas..⁹

Resume Becker, que as multas apresentam vantagens em relação às demais penas, quando vistas pelo prisma econômico, uma vez que preservam os recursos da sociedade, tendem a compensar o dano gerado pelo ofendido, bem como punem o ofensor. Entretanto, por força do exposto no artigo 99, parágrafo único da Lei de Licitações, a fixação da pena em valor máximo não superior a 5% do valor licitado pode descaracterizar a eficácia desta medida sancionatória.

Ainda, há quem questione a real necessidade da aplicação do Direito Penal na regulação dos casos em tela, (crimes licitatórios), de modo que, sendo de melhor eficiência a sanção pecuniária, bastaria a esfera administrativa para alcançar tais efeitos e, qualquer medida penal encontraria óbice no referido princípio da *ultima ratio*. Sobre isso, este trabalho acompanha o entendimento de Silva Sánchez (2002, p.147) que diz: “realmente seria importante que a sanção fosse imposta por uma instância judicial penal, de modo que preservasse (na medida do possível) os elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito Penal”.

Outra corrente de combate à criminalidade econômica que vem crescendo a nível mundial é a teoria da *Criminal Compliance* que, segundo SIEBER (2013, p. 26) “consistenen un sistema de medidas extrajurídicas efectivas, las cuales son desarrolladas por las empresas afectadas, como actores decisivos en el campo económico, en todos los niveles de prevención”.

Uma última análise deve ser trazida à luz, acerca da legitimação do uso do Direito Penal, e segundo Silva Sánchez (2002, p.108), “o que ocorre de fato é que o

9 Traduzido Livrementemente de: Fines have several advantages over other punishments: for example, they conserve resources, compensate society as well as punish offenders, and simplify the determination of optimal p's and f's. Not surprisingly, fines are the most common punishment and have grown in importance over time. Offenders who cannot pay fines have to be punished in other ways, but the optimality analysis implies that the monetary value to them of these punishments should generally be less than the fines



Direito Penal reflete a ordem social, de maneira que sua legitimação deriva da legitimação das normas cuja vigência assegura”. Ou seja, antes de se falar em expansão do Direito Penal para o combate nos crimes em licitação, ou mesmo de qualquer forma de aplicação do Direito Penal, é preciso estar-se certo da legitimidade e da indispensabilidade do certame licitatório no cenário nacional, mas esta análise ficará resguardada para um segundo momento.

CONCLUSÃO

Na seara criminal, embora a Lei de Licitações tenha reformado a questão e trazido novos e exaustivos tipos penais contra corrupção, estes não se mostraram capazes de combater a criminalidade instalada no sistema licitatório.

Viu-se que a aplicação da política criminal na questão da licitação foi errada, tanto do ponto de vista jurídico como do ponto de vista econômico (Gary Becker). Pois a dogmática penal tornou extremamente difícil a condenação em tais crimes e o custo social total desta política criminal continuou elevada.

Neste trabalho sugere-se a adoção do Direito Penal de segunda velocidade, ou seja, a relativização da parte geral do Código Penal em relação aos crimes em licitação. Pois, ao distanciar-se do núcleo do Direito Penal e, por conseguinte, da aplicação das penas privativas de liberdade, o Estado reduz o custo social da política prisional e, ao mesmo tempo, aplicando penas de multa, por exemplo, acaba ressarcindo o Erário e diminuindo significativamente o custo social total.

Isto é importante pois aumenta a possibilidade de apreensão do ofensor e reduz os incentivos econômicos do cometimento dos delitos, tornando-se um mecanismo efetivo de combate à corrupção instalada nos certames.

Outras medidas também podem ser adotadas, a exemplo da *Criminal Compliance*, no sentido de prevenir o dano causado e inverter a lógica penal (de Direito desincentivo para Direito incentivo). Nestas medidas o sujeito é estimulado a contribuir para um mercado equilibrado através da manutenção de uma boa conduta, da qual resultarão benefícios (em geral de ordem fiscal ou econômica) para a empresa, em vez de ser coagido negativamente pela mensagem da persecução do Direito Penal.

Enfim, acredita-se que o combate à cultura da corrupção se faz com medidas legais cirúrgicas mas, especialmente, com uma postura econômica voltada a



desencorajar as atividades fraudulentas, tornando-as um mau negócio para o infrator e reduzindo o custo que estas práticas trazem para a sociedade. Este modelo não pode ser alcançado com a mera aplicação da norma penal, mas com um plano conjunto de combate a uma cultura econômica que alia Direito e outras áreas do conhecimento.

REFERÊNCIA

ACOCELLA, Jéssica; RANGEL, Juliana Cabral Coelho. **O Papel Regulatório e de Fomento das Licitações Públicas**. Revista do BNDS, 40^a ed., 2013.

BECKER, Gary S.. **Crime and Punishment: an Economic Approach**. Journal of Political Economy 76: 169-217, Chicago, 1968;

BRASIL. **Decreto lei 2848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 02 de nov. de 2015.

BRASIL. Decreto nº 2.926, 14 de maio de 1962. Disponível em: <www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html> Acesso em: 26 de outubro de 2015.

BRASIL. Lei Complementar nº 123/06. Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg/integras/1002209.pdf> acessado em 13 de novembro de 2015

CASTRO, Rafael Guedes; ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro. **CRIMINAL COMPLIANCE: a política de cumprimento de normas penais e seus impactos na atividade econômica empresarial**. Conpedi/UFSC, Florianópolis, 2014.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, Brasília, 2009, Disponível em <http://www.cgu.gov.br/noticias/2010/07/licitacoes-fraudadas-continuam-liderando-as-irregularidades-encontradas-pela-cgu-em-municipios> – acessado em 05 de novembro de 2015.



COSTA, José de Faria. **Direito Penal Económico**. Editora Quarteto, Coimbra, 2003;

GONZÁLES, José María Aguilar; e SOTOS, Cristina Castro. **Las Normas Jurídicas como incentivos**. Unas Breves Notas Sobre el Análisis Económico del Derecho. Univeisdad Complutense de Madrid, número III, Madrid, 2006. Disponível em: <<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/kinesis/economia.htm>> Acesso em: 15 de out. de 2015.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Tradução por Patrícia Ziffer, 2ª ed., Buenos Aires, Editora Ad-Hoc, 2003.

PASTOR, Santos; e PINTOS, Jesús. **Law and Economics in Spain**, Madrid, 2000.

PUCHALSKI, Mayara. **Aspectos Penais da Lei de Licitações**. Escola da Magistratura do Paraná, Curso XXVI, Curitiba, 2008.

RANGEL, Juliana Cabral Coelho. ACOCELLA, Jéssica. **O papel regulatório e de fomento das licitações públicas**, Revista do BNDS 40, 2013.

REVISTA DO BNDES.- Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/02/em-2013-pib-cresce-2-3-e-totaliza-r-4-84-trilhoes>> (acessado em 8 de novembro de 2015).

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Editora Revista dos Tribunais, vol. 11, São Paulo, 2002.

SIEBER, Ulrich. **Programas de compliance en el derecho penal de la empresa**. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: El derecho penal económico en la era compliance. Luis Arroyo Zapatero e Adán Nieto Martín (directores). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.



SOUZA, Artur de Brito Gueiros, Inovações no Direito Penal Econômico – Contribuições Criminológicas, Político-Criminaise Dogmáticas, Escola Superior do Ministério Público da União, CSMPU, Brasília, 2011.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão n°. 8272/2011, DOU de 04.10.2011. Disponível em: <www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/.../RL_0029_35_11_2_AC.doc> Acesso em: 02 de nov. de 2015.

_____. **The mathematics of Gary Becker's**. Amhrest College, Economics nº 66, 2007. Disponível em: <<https://www.amherst.edu/system/files/media/1258/The%2520Mathematics%2520of%2520Gary%2520Becker.pdf>> Acessado na data de: 15 de out. de 2015.