

PECULATO NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS PARA A EXECUÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS

Jackline Damasceno de Medeiros¹

Luiz Eduardo Marinho Costa²

RESUMO

O tema consiste em apresentar tudo a respeito do processo licitatório e em especial nas licitações das obras públicas. Contudo, irá mostrar a possibilidade dos funcionários públicos não utilizarem esses atos administrativos de forma lícita, assim cometendo um dos crimes contra a administração pública, o peculato, art.312 do código penal.

Palavras-chave: Processo licitatório. Peculato. Obras Públicas. Administração Pública.

ABSTRACT

EMBEZZLEMENT IN THE PROCESSES OF BIDDING FOR THE EXECUTION OF PUBLIC WORKS

he theme consists of presenting everything about the bid process and particularly in bids for public works. However, will show the possibility of civil servants will not use these administrative acts, so making a lawful form of crimes against public administration, the embezzlement, art. 312 of the penal code.

Keywords: bid process. Embezzlement. Public Works. Public Administration.

¹ Estudante de Direito da FARN. E-mail: jackline-medeiros@hotmail.com

² Promotor e professor de direito penal. E-mail: luluca@supercabo.com.br

1 INTRODUÇÃO

O referido tema tratará de tudo a respeito do processo licitatório, começando do mais simples, que seria o próprio conceito, como também sobre os seus princípios, a obrigatoriedade da licitação, as modalidades, procedimentos e as possíveis anulações e revogações. Necessário se faz para se ter um melhor entendimento de tudo que acontece num procedimento licitatório, assim buscando uma melhor clareza de como funciona a licitação nas obras públicas.

Com base em casos concretos na Justiça Federal e na Justiça Estadual, se vê vários exemplos de que esses processos licitatórios em obras públicas não são feitos de forma correta, não atingindo o seu real objetivo, assim dando espaço para um possível peculato que se trata de um dos crimes contra a administração pública. O trabalho terá por objetivo mostrar o peculato nas licitações de obras públicas como um dos crimes contra a Administração Pública, art. 312, CP, ou seja, buscando entender que em várias situações usam a licitação com a intenção de praticar o ato ilícito.

Como parâmetro central metodológico tratar-se-á de uma pesquisa qualitativa que, segundo (MAANEN, 1979, p.520), traz vantagens relacionadas à redução das distâncias entre indiciador e indiciado, entre sujeito e objeto, entre teoria e dados e entre contexto e ação. Trata-se de um conjunto de diferentes técnicas interpretativas que, aplicadas a um sistema complexo de significados, procura descrevê-lo e decodificá-lo. Ainda segundo MAANEN (1979), a pesquisa qualitativa teria o propósito de traduzir e expressar o sentido dos fenômenos do mundo social.

De acordo com (MANNING, 1979, p. 668), a pesquisa qualitativa necessita de um corte temporal-espacial de um dado fenômeno por parte do pesquisador na medida em que esse corte delimitará a dimensão e o território do trabalho que se pretende desenvolver.

Enumerando um conjunto de características essenciais a esse tipo de pesquisa, (GODOY, 1995^a, p. 62), cita: “1) O ambiente natural como fonte direta de dados e o pesquisador como instrumento fundamental; 2) O caráter descritivo; 3) O significado que as pessoas dão às coisas e às suas vidas como preocupação do pesquisador e; 4) Enfoque indutivo.”

2 DO PROCESSO DE LICITAÇÃO

O processo de licitação é um procedimento obrigatório que antecede um contrato administrativo. Quando a administração pública resolve fazer algum tipo de compra, reforma construção ou prestação de serviços, deve de fato obrigatoriamente fazer a realização do processo licitatório, permitindo que todas as empresas possam competir entre si, desde que estas estejam regularizadas e atendam todas as exigências que são feitas para que se participe de um procedimento de licitação.

No processo de licitação deverá a administração pública escolher qual a empresa que atingiu suas expectativas, ou seja, uma empresa que ofereça melhor proposta, seja a mais econômica e com mais qualidade e técnica. Não se admite, no entanto, que a escolha possa ser feita devido à influência ou por algum tipo de amizade, pois todas as empresas devem competir de forma igual, sem preferências, ganhando aquela que oferecer a melhor proposta que atenda as expectativas da administração pública e do contribuinte.

Assim diz Alexandre Mazza:

Os imperativos da isonomia, impessoalidade, moralidade e indisponibilidade do interesse público, que informam a atuação da administração, obrigam a realização de um processo público para seleção imparcial da melhor proposta, garantindo iguais condições a todos que queiram concorrer para a celebração do contrato.

O dinheiro utilizado para tais gastos são dos impostos pagos pelo contribuinte e tem como objetivo melhorar a vida da sociedade, seja isso na área da saúde, das escolas, das estradas, enfim, tudo que envolva a sociedade, buscando sempre inovar e melhorar suas vidas. Logo, nada mais justo que administração pública escolha não só pensando nela, mas também pensando nos contribuintes, aplicando a renda tirada deles da melhor forma do possível.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício de uma função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

O processo de licitação é um procedimento administrativo, ou seja, uma sequência de atos responsáveis pelo estado em que tanto a administração pública como qualquer outra empresa privada que utiliza verbas públicas tem o dever de licitar.

Vale ressaltar que entre as empresas concorrentes, a vencedora, até o último ato da licitação recebe uma expectativa de direito para a realização de um contrato com o estado ou com uma empresa privada e só passa a receber um direito adquirido após o último ato de licitação (adjudicação), que é assinatura do contrato.

De acordo com o art. 22, XXVII, da Constituição Federal:

Compete privativamente à união legislar sobre: normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Município.

2.1 LOCAL DA LICITAÇÃO

De acordo com o art. 20 da lei 8.666/93: “As licitações serão efetuadas onde se situar a repartição interessada, salvo por motivo de interesse público, devidamente justificado.”

O processo de licitação consiste em várias atividades, atos na qual são administrados por funcionários públicos e que podem ser realizados em locais geográficos distintos.

O referente art. 20 retrata a questão do local, ou seja, onde a administração pública irá receber as propostas e o responsável pelo certame.

A partir do momento em que se fala em repartição interessada, é a organização administrativa que tem a responsabilidade de atender aos interesses públicos.

Em se tratando da etapa interna da licitação, que seria o momento da disputa para uma possível contratação, não existe a obrigatoriedade de esta ser realizada na repartição interessada, podendo ser feito em qualquer lugar do país ou fora dele. Mas o art. 20, fala da etapa externa que surge a partir do momento da divulgação do contrato, na qual necessariamente deve ser feito na repartição interessada, exceto se for justificado pelo interesse público.

A obrigatoriedade do processo licitatório em ser na repartição interessada é de muita importância para as licitações presenciais. Se faz necessário devido ao fator

econômico e maior agilidade para as decisões. De primeiro, pelo simples fato de que o condutor dos atos licitatórios não precisaria se deslocar para outros locais geográficos, dessa forma evitando gastos, e de segundo, as documentações pertinentes ao ser arquivadas na repartição que iria consultar toda vez que preciso fosse, sem nenhuma necessidade de se deslocar, assim aumentando a agilidade do processo, além da redução de custos que isso de certa forma aconteceria.

É bom lembrar que geralmente as empresas na qual são localizadas na mesma região da repartição interessada são as que têm maior interesse em participar da licitação. Contudo, a residência tem que ser irrelevante para a administração pública, não podendo existir preferência devido a sua localização.

As licitações eletrônicas que são via internet não têm nenhuma importância na localização da repartição do interessado, uma vez que toda a movimentação é feita por meio eletrônico sem a necessidade de se deslocar, tornando a situação ainda mais prática. Diz o art.21, CF:

Art.21- Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicadas com antecedência, no mínimo, por uma vez.

Logo, é da obrigação da administração pública a divulgação dos editais, de forma a publicar com antecedência. Esta exigência poderá ser publicada no distrito federal ou no diário oficial do estado quando se tratando de licitações feitas em entidades da administração pública, sendo municipal ou estadual e também no próprio Distrito Federal. Diário Oficial da União, em se tratando de licitação feita pelo órgão da administração pública ou ainda nas obras financiadas total ou parcialmente; em jornais diários que possuem uma vasta circulação no município ou do local da obra, se tiver, ou até mesmo no próprio estado.

É necessário, no entanto, que todos os avisos tenham informações do local onde se possa ter acesso ou se lê todas as informações da licitação.

Esta tem um prazo para receber as propostas e iniciar o evento, dependendo do motivo que se abriu o processo licitatório. Se for para analisar os preços, por exemplo, é no prazo de 15 (quinze) dias e 30 (trinta) dias se for também analisar a melhor técnica; 45 (quarenta e cinco) dias para concurso ou uma concorrência analisando a melhor técnica e preço e 5 (cinco) dias para ser feito o convite, lembrando que se trata de dias úteis.

Serão contados os prazos de acordo com o último dia em que foi feita a publicação. Logo, a realização dos certames não deve ser feito em locais distantes que dificulte a presença dos interessados. Estes, porém, têm o direito de ver o edital original, consultar e tirar cópia, se assim acharem necessário.

2.2 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Existem 5 (cinco) tipos de licitações: concurso, convite, concorrência, leilão e tomada de preço. Diz José dos Santos Carvalho Filho:

São cinco as modalidades de licitação. Entretanto, são apenas três os fins a que se destinam; a concorrência, a tomada de preço e o convite – tem o mesmo objetivo: **a contratação de obras**, serviços e fornecimentos, enquanto o concurso e o leilão têm objetivos próprios e diferenciados.

O processo de licitação para um concurso é a fim de escolher o melhor trabalho artístico, científico ou técnico, assim dando remuneração ou prêmios ao vencedor. O edital deve ser publicado na imprensa oficial e deve ser feito com antecedência em um prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, no mínimo.

O leilão assim diz Marçal Justen Filho:

O leilão é procedimento tradicional dentro do direito comercial e processual. A omissão da lei remete à aplicação das regras pertinentes a outros ramos. O leilão peculiariza-se pela concentração, em uma única oportunidade, de numerosos atos destinados à seleção da proposta mais vantajosa.

O leilão é formulado verbalmente entre os interessados, que irão pronunciar as suas devidas propostas. Ganha aquele que oferecer a melhor proposta com o valor mais elevado, não se admitindo, nessa modalidade, o sigilo. Essa modalidade tem o grande interesse de ser pública, isto é, que seja do total conhecimento das pessoas em geral.

O convite, por sua vez, é considerado a modalidade mais simples da licitação. Permite que este possa facultativamente escolher as empresas mesmo não estando cadastradas, mas esta escolha não pode ser feita de forma subjetiva, pois afetaria o princípio na moralidade e da isonomia, tornando-se o ato nulo.

A escolha deve ser feito de forma que atenda melhor as expectativas da administração. Geralmente se permite no mínimo 3 (três) convidados, mas de forma

alguma deve-se impedir a participação de outros possíveis interessados, desde que estejam eles cadastrados.

O prazo para ser manifestado o interesse é de 24 (vinte e quatro) horas antes de ser apresentada a proposta. Contudo, se existir um número bem maior que três de empresas interessadas e que podem atender as expectativas da administração, todos devem ser chamados para a disputa.

Assim diz Marçal Justem Filho: “Quando existir um grande número de possíveis interessados, todos eles deverão ser convidados para a licitação.”

O principal objetivo do convite é chamar empresas que não são cadastradas. As empresas já cadastradas não precisam obrigatoriamente ser convidadas, pois podem se manifestar 24 horas antes da publicação do edital. Diz Maria Zanella Di Pietro:

É a única modalidade de licitação em que a lei não exige publicação de edital, já que a convocação se faz por escrito, com antecedência de 5(cinco) dias úteis (art.21, parágrafo 2º, IV), por meio da chamada carta-convite. No entanto, a lei nº8.666/93 inovou ao permitir que participem da licitação outros interessados, desde que cadastrados e manifestem seu interesse com a antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas.

A concorrência é muito utilizada em maiores valores. Dois tipos de valores são estabelecidos para a licitação dessa modalidade de acordo com o estatuto: um valor para obras e serviço de engenharia e outro valor distinta para serviços e compras.

A concorrência, no entanto, passa a ser obrigatória quando for estimado um valor superior de R\$ 650, 000 (seiscentos e cinqüenta mil reais) em serviços e compras que não sejam destinados para engenharia e um valor superior a R\$ 1.500,000, 00 (um milhão e quinhentos mil reais) em serviços e obras de engenharia.

A concorrência tem que atender e está de acordo com todos os requisitos do edital. Este, porém, possui duas características em destaque: a universalidade e a publicidade ampla.

É necessário na modalidade de concorrência, que o edital possa ser publicado no mínimo uma vez, ou seja, obrigatoriamente deve ser feita a sua publicação, e os participantes têm o direito de consultar e analisar o edital se assim desejar e fazer a cópia desta.

Quando falamos que a licitação da modalidade de concorrência também tem como característica marcante a universalidade, é assim porque todos podem participar da licitação desde que atendam os mínimos requisitos apresentados pela administração.

A concorrência permite que as empresas possam competir entre si e irá vencer aquele que obtiver o melhor preço, técnica ou a melhor qualidade. Atendendo os mínimos requisitos apresentadas no edital pode qualquer empresa entrar nessa concorrência.

É necessário saber que existem dois tipos de concorrência: a nacional e a internacional. Seu conceito é bem lógico, em que nacionais seriam as empresas do próprio país e internacionais é quando se permite a concorrência de empresas estrangeiras. A concorrência internacional é muito importante, principalmente quando se necessitar de produtos que são carentes em países nacionais.

A modalidade de concorrência possui um intervalo entre as publicações e a entrega do envelope. Assim diz Alexandre Mazza: “Na concorrência, o intervalo mínimo entre a publicação do edital e a entrega de envelope é de quarenta e cinco dias corridos, nos tipos de licitação melhor técnica ou melhor técnica e preço, ou trinta dias corridos para o tipo menor preço.”

É bom lembrar que essa modalidade da licitação é obrigatória nas licitações internacionais, concessão de direito real de uso, contratos de empreitada integral, concessões de serviço público e compras e alienações de imóveis.

Na tomada de preço, inclui-se tanto as empresas cadastradas como as empresas que atendam as expectativas do edital. Quando a empresa entra com o processo de cadastramento e é indeferida, esta poderá entrar com um recurso, em um prazo de cinco dias.

A contratação dessa modalidade é obrigatória para valores intermediário de até R\$ 1.500,000, 00 (hum milhão e quinhentos mil reais) em serviços e obras de engenharia e até R\$ 650,000 (seiscentos e cinquenta mil reais) para as demais. A publicação do edital e a entrega do envelope devem apresentar um intervalo de trinta dias entre essas etapas e se for da melhor técnica e preço ou quinze dias no caso de somente o melhor preço. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Melo:

A tomada de preços (art.22, parágrafo 2º), destinada a transações de vulto médio, é a modalidade em que a participação na licitação restringe-se (a) às pessoas previamente inscritas em cadastro administrativo, organizado em função dos ramos de atividades e potencialidades dos eventuais proponentes, e (b) aos que, atendendo a todas as condições exigidas para o cadastramento, até o terceiro dia anterior à data fixada para recebimento das propostas, o requeiram, e sejam, destarte, qualificados.

Logo, as modalidades como concorrência, convite e tomada de preço são as possíveis licitações que podem ser feitas para a construção de uma obra pública. Ambas apresentam os mesmos objetivos que é a busca da melhor proposta para uma futura contratação da empresa, assim buscando fazer o melhor negócio para a administração pública e o contribuinte.

Todas as empresas cadastradas podem participar e até mesmo as não cadastradas, desde que estejam de acordo com as exigências do edital feito pela administração pública.

Então qualquer uma dessas três modalidades pode ser usada para a realização de uma obra pública? Qualquer uma pode ser utilizada para começar a disputa da melhor proposta entre as empresas. Porém, vai depender dos gastos necessários para a realização da obra. Se for até R\$ 1.500,000, 00 (um milhão e quinhentos mil reais), não se pode utilizar a concorrência só na tomada de preço, mas se for um valor superior só poderá utilizar a concorrência excluindo a tomada de preço e se for até R\$ 150, 000,00 (cento e cinquenta mil reais) só se admite o convite.

Existem ainda outras diferenças com relação a essas modalidades comuns, assim diz Marçal Justen Filho:

As três espécies da modalidade “comum” de licitação diferenciam-se entre si por variações na estrutura procedimental de suas fases. Concorrência, tomada de preço e convite apresentam estruturação diversa quanto às fases de divulgação, proposição e habilitação.

2.3 DOS PRINCÍPIOS

Existem diversos princípios para seguir corretamente o processo de licitação:

O princípio da igualdade que possui relevância pelo fato de que todas as empresas devem ser tratadas iguais, sem preferência, pois todas possuem os mesmos direitos de participar e se ganhar, de ser contratada, recebendo o direito adquirido.

O princípio da legalidade, em que o processo de licitação deve seguir de forma legal o seu procedimento, na qual, está vinculado em lei.

O princípio da moralidade, também como o próprio nome diz, em que a administração pública deve seguir o procedimento de licitação de forma lícita,

respeitando a moral, as regras, os princípios, ou seja, buscando sempre ter uma boa conduta e a honestidade.

O princípio da impessoalidade é uma questão extremamente importante, pois a escolha da empresa não deve ser levada por motivos subjetivos, mas somente objetivos, dando igualdade a todas as empresas que queiram participar, dando a elas as mesmas obrigações e direitos.

O princípio da publicidade é um princípio que exige do setor público em publicar o edital para todas as empresas interessadas terem acesso. E ainda, essas empresas com o intuito de fiscalização têm o direito de que administração pública possa publicar todos os seus atos no processo licitatório, assim dando oportunidade da parte externa observar se o procedimento de fato, está sendo usado de forma legal.

Essa publicação deve ser proporcional à modalidade da licitação. Se for a uma concorrência, por exemplo, que tem como objetivo buscar o maior número de interessados, à publicação deve ser feita também de forma bem ampla. Mas se for um convite, em que se trata de uma modalidade mais reservada, não é necessário que essa publicação chame a mesma atenção que a da concorrência.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, por sua vez, o processo licitatório tem que seguir as normas e todas as condições do edital e o fundamento para o julgamento da proposta devem estar de acordo com os critérios exigidos pelo edital.

O princípio do julgamento objetivo de acordo com o art. 45:

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

O princípio da adjudicação compulsória tem como seguir o princípio de que este, sendo o último ato de licitação, deve-se dar ao direito a empresas que tiveram a melhor proposta, ou seja, a vencedora e não se admitindo que essa adjudicação possa ser dada a outra que não foi vencedora, só em caso da empresa vencedora desistir do contrato, ou ter passado do prazo para a realização desta, sem justa causa.

O princípio da obrigatoriedade é importante ser mencionado, pois é um princípio na qual exige uma obrigação da administração pública em licitar tudo aquilo que envolve as verbas públicas que são pagas pelo contribuinte.

O princípio do sigilo das propostas é tornar seguras as informações enviadas pelas empresas. Assim diz Alexandre Mazza: “Nos termos do art. 43, parágrafo 1º, lei 8.666/93, os envelopes contendo as propostas dos licitantes não podem ser abertos e seus conteúdos divulgados antes do momento processual adequado, que é a sessão pública instaurada com essa finalidade.”

O princípio da indistinção, de fato, trata da questão da localidade das empresas que não pode ser influenciado no processo licitatório. Esses princípios, no entanto, são importantes para que se possa fazer o procedimento de licitação de forma correta, pondo limites aos agentes públicos em suas ações, evitando desordem e injustiça, buscando ter disciplina, coerência, organização em todo o sistema administrativo.

2.4 DA OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO

De acordo com o art. 2 da Lei 8.666/93:

As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei.

Logo, se faz necessário e obrigatório a licitação em serviços, obras, construções, reformas, compras, envolvendo verbas públicas. No momento em que se é utilizado verbas públicas a Administração pública não pode fazer uma obra sem ter um processo licitatório.

Essa prática, contudo, busca a intenção de atingir as expectativas do setor público, do contribuinte e dando as empresas a possibilidade de competirem entre si de forma igual, assim passando a beneficiar todos os ângulos. A obrigatoriedade da licitação se faz justa, pelo benefício de todos na sociedade, buscando uma melhor organização no sistema administrativo.

Essa obrigatoriedade se faz presente em entidades controladas indireta ou diretamente pelo Estado, Município, União e Distrito Federal, na Administração

Pública Direta, nas empresas e fundações públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundos especiais.

2.5 HABILITAÇÃO

De acordo com o art.27 da lei 8.666/93:

Art.27 Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I- Habilitação jurídica;
- II- Qualificação técnica
- III- Qualificação econômico-financeiro
- a. Cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Porém, todos que estiverem de acordo com a exigência do art. 27 estarão habilitados para participar do processo licitatório. A administração pública deve dar oportunidade a todas as empresas, em que cujos requisitos são atingidos por estas.

É importante lembrar que há uma diferença entre o direito de participar e o direito de contratar, ou seja, o direito de participar se faz quando a empresa está habilitada, em condições, atendendo todos os requisitos da administração pública, dando aos licitantes igualdades e oportunidade de enviar suas devidas propostas. Já o direito de contratar será exclusivamente para aquela que ganhou a sua expectativa de direito por ter sido considerada a melhor proposta em relação aos demais. Logo, o direito de participar é atribuído a todos, enquanto que o direito de contratar é atribuído só a um licitante, a vencedora.

De acordo com Marçal Justen Filho:

Na acepção de fase procedimental, a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacidade de sujeito para contratar com a administração pública. Na acepção de ato administrativo decisório, indica o ato pelo qual a Administração finaliza essa fase procedimental, decidindo estarem presentes as condições do direito de licitar.

2.6 PROCEDIMENTO

Do art.38:

O procedimento da licitação será iniciado com a abertura do processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a

autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

- I-Edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;
- II-Comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art.21 desta Lei, ou da entrega do convite;
- III-Ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;
- IV-Original das propostas e dos documentos que as instruírem;
- V-Atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;
- VI-Pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;
- VII-Atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;
- VIII-Recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;
- IX-Despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;
- X-Termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;
- XI-Outros comprovantes de publicações;
- XII-Demais documentos relativos à licitação.

Todos esses requisitos que devem ser analisados em um processo licitatório são básicos, lembrando-se que o procedimento de cada modalidade de licitação diferencia-se um pouco uma da outra. E aqui serão observadas apenas três modalidades, que são as únicas possíveis formas de licitar em obras públicas. A concorrência, por sua vez é tida como a mais complexa, porém começa com o edital, na qual, a Administração Pública faz a sua oferta para todos os interessados e estes de imediato deverão enviar suas propostas.

No edital serão apresentados todos os requisitos necessários a serem seguidos pelos interessados. O edital é considerado uma lei que deve ser realmente obedecido, caso contrário ocorrerá o risco da nulidade do processo.

O art. 40 diz tudo que deve ter no edital e é do dever do interessado cumprir com as seguintes exigências. Depois do edital, será a fase da habilitação, que se trata da Administração Pública receber o envelope dos interessados com as devidas propostas e as documentações da habilitação e tudo que foi exigido pelo edital.

A terceira fase é a classificação, fase relevante em que se é julgada as propostas enviadas, observando os critérios exigidos pelo edital, seja do melhor preço ou da melhor técnica.

O próximo passo é a homologação, na qual serão observados todos os requisitos, se estão sendo feitos de forma legal, e ao ser observado a legalidade de todo esses atos, será homologada.

E por fim, chega-se o último passo do processo que é a adjudicação na qual se dá o licitante à expectativa de direito, tornando esta a vencedora, lembrando-se que a adjudicação é antes da assinatura do contrato. No momento que o licitante assina o contrato recebe o seu direito adquirido.

A distinção entre a tomada de preço e a concorrência é muito simples, uma vez que o prazo da publicação do edital deve ser feito quinze dias antes da licitação. Para os cadastrados, a tomada de preço deve ser feito antes da licitação e aos que possuem perfil para o cadastramento é feito durante o processo de licitação.

Já o convite é feito cinco dias antes da licitação, por escrito e é enviada uma carta convite destinado no mínimo para três licitantes não dando preferência a quem é cadastrado. Muito pelo contrário, esta modalidade dá chances para aqueles que não são ainda cadastrados em participar no procedimento licitatório. Essa modalidade, porém, começa com a classificação, adjudicação e por fim homologação.

Falando-se do seu conceito, procedimento, das modalidades, ajuda a entender com mais clareza o que seria o procedimento licitatório e como em especial aqui irá tratar somente de obras públicas. Entende-se que existem apenas três modalidades possíveis para licitar uma obra projetada pela administração pública. Sabe-se, que para a realização dessas obras devem ser usadas verbas públicas que são dos contribuintes, e, sendo assim, têm a obrigação de licitar. No entanto, dependendo da previsão de quanto será o custo da obra é que se sabe qual seria a modalidade de licitação mais cabível.

Ainda com relação ao processo de licitação de obras públicas, diz Marçal Justen Filho:

Nenhuma licitação para obras e serviços pode fazer-se sem projeto básico (ou equivalente, quando o objeto não envolver atividade de engenharia). Mas é insuficiente a mera elaboração do projeto básico. Faz-se necessário sua aprovação, por ato formal e motivado da autoridade competente, a qual deverá avaliá-lo e verificar sua adequação às exigências legais e aos interesses supraindividuais.

Entende-se, no entanto, que para ser realizado o processo licitatório nas obras públicas deve-se antes ser feito um projeto da obra e logo após ser avaliado e autorizado por uma autoridade competente. O processo de licitação nas obras públicas é feito com intuito de escolher uma empresa e junto a ela atingir as expectativas do projeto e

também do contribuinte que paga os seus impostos com um dos objetivos de melhorar a estrutura da cidade em que vive.

Mas será que esse procedimento realmente é feito de forma lícita? Será que o governo consegue atender as expectativas dos contribuintes? Será que suas verbas dadas ao poder público estão sendo bem aplicadas? Assim diz Maria Patrícia Vanzolini, professora da rede de ensino LFG:

O Brasil é um dos países que mais arrecada tributos no mundo, são bilhões de reais por ano, arrecadados pelo governo e que tem que ser devolvidos a sociedade sob a forma de retribuição de renda e de serviço público de qualidade, mas nem sempre é assim que acontecem, algumas vezes, esse caminho do dinheiro público é obstruído e os recursos públicos são drenados para fora do interesse público, e é dessa forma que algumas pessoas enriquecem ilicitamente, enquanto que a sociedade que pagou seus impostos fica sem poder usufruir do serviço público e muito menos da distribuição de renda.

De fato, o que a professora Patrícia Vanzolini declara não é de se causar espanto, pois não é novidade para ninguém que os agentes públicos não administram de forma correta as verbas dadas ao contribuinte. Muitas vezes tais agentes não seguem os princípios como o da moralidade, prejudicando os cidadãos só para beneficiar suas próprias vidas ou a de terceiros. Trata-se de um comportamento egoísta e antiético, fazendo-se pouco caso da maioria da população, tirando a seriedade de sua profissão e da Administração Pública.

O que se deve entender é que muitas ocorrências se observam com relação ao peculato nas obras públicas no momento em que se inicia o processo licitatório. Este assunto é bastante comentado na mídia e se vê vários processos na Justiça Federal, Justiça Estadual e até mesmo no Tribunal de Contas, ainda não resolvidos.

3.0 PECULATO

O peculato é um crime contra a Administração Pública, na qual, um agente público utiliza o seu cargo administrativo para desviar ou se apropriar de verbas em benefício próprio ou de outrem.

Assim diz o art.312, CP:

Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou

desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena- reclusão, de dois a doze anos, e multa.

O peculato é um crime que se vê cotidianamente, cometido por funcionários, prefeitos e até mesmo pelos próprios fiscais que utilizam seus cargos para se beneficiar. É de fato, triste se vê tais situações, em que agentes do setor público estão perdendo a ética, o respeito, a moral, os valores para se conseguir vantagem e se beneficiarem de forma fácil, prejudicando aqueles que pagam impostos vindos de um trabalho com tanto esforço e dedicação.

Aqueles que procuram uma sociedade melhor, de forma a melhorar a educação, a saúde, a moradia, a segurança, sendo comprometidos por agentes que têm a função de tornar isso adiante, mas não o faz por egoísmo.

Ainda buscando a sua melhor definição, diz Damásio de Jesus:

Trata-se de uma modalidade especial de apropriação indébita cometida por funcionário público *ratione officii*. É o delito do sujeito que arbitrariamente faz ou desvia, em proveito próprio ou de terceiro, a coisa móvel que possui em razão do cargo, seja ela pertencente ao estado ou a particular, ou esteja sobre sua guarda ou vigilância.

É bom lembrar que o peculato pode ser por dano ou culpa, de forma a desviar, furtar ou apropriar-se. Dependendo de como foi feito o peculato é que se observa qual foi o tipo, ou seja, peculato-desvio, peculato-apropriação, peculato-culposo ou peculato-furto.

Tanto apropriação como desvio, trata-se de crime próprio. De acordo com Fernando Capez: “Tutela-se, principalmente, a moralidade da administração pública, bem como seu patrimônio. Protege-se, eventualmente, o patrimônio do particular quando este estiver sobre a guarda daquela.”

O peculato próprio, que seria por desvio e apropriação, deve ser praticado necessariamente por funcionário público que age de forma ilícita do seu dever na administração pública, afetando o princípio da moralidade.

O peculato apropriação segundo Rios Gonçalves: “Apropriar-se significa fazer sua a coisa de outra pessoa, invertendo o ânimo sobre o objeto. O funcionário tem a posse do bem, mas passa a atuar como se fosse seu dono.”

Nessa situação, o agente público, por exemplo, que tem acesso aos valores que foram arrecadados, pode apropriar-se desses valores se aproveitando de sua posição. É importante que não se confunda peculato com crime contra o patrimônio, uma vez que peculato acontece quando o bem está na guarda do funcionário público e este se aproveita de seu cargo para o ato ilícito.

Peculato por desvio acontece quando o agente público utiliza de seu cargo para desviar as verbas, por exemplo, sem o conhecimento da Administração Pública, porém alterando o destino dessas verbas.

Peculato-furto diferencia-se das demais por ser imprópria e nessa situação o funcionário não tem a responsabilidade do bem móvel ou da verba, como é o caso do desvio e da apropriação. Ele apenas aproveita da facilidade do momento em tomar o objeto para si.

Nesse caso parece que estamos falando apenas de crime de furto, mas não é, pois se trata de um funcionário público que embora o objeto não fosse de sua responsabilidade, aproveitou da oportunidade de ninguém estar presente, por exemplo, tomando posse e prejudicando a Administração Pública. Logo, por se tratar de um funcionário público que aproveita de seu cargo, seja para apropriar-se, desviar ou furtar, prejudicando a Administração responde pelo crime de peculato.

Assim diz Rogério Greco:

Pratica o delito de peculato o funcionário público que se apropria tanto de um bem móvel pertencente a Administração Pública quanto de outro bem, de natureza particular, que se encontrava temporariamente apreendido ou mesmo guardado.

No peculato sempre há o sujeito ativo e o sujeito passivo, uma vez que sujeito ativo é o funcionário público, que prejudica a Administração Pública devido ao seu ato ilícito. E o sujeito passivo é o estado que está sendo a vítima, a prejudicada do ato ilícito.

Assim Diz Rogério Greco: “O sujeito passivo é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.”

O objeto material é o bem móvel, o dinheiro ou o valor que é desviado, subtraído ou apropriado pelo agente público. O peculato pode ser agido por uma forma dolosa ou culposa, uma vez que a dolosa é quando o agente age sem nenhuma culpa, na intenção de fazer o resultado; já o peculato culposo não tem a intenção de que o resultado

acontecesse, mas por negligência, imperícia ou imprudência acabou acontecendo o ato ilícito por um terceiro mal intencionado, este terceiro se configurando como peculato doloso.

4.0 PECULATO NAS LICITAÇÕES DAS OBRAS PÚBLICAS

Como já havia mencionado anteriormente, para se fazer uma obra pública, deve-se antes de qualquer coisa fazer um projeto básico. Porém não basta que esse dito projeto seja feito, como também deve ser avaliado e aprovado por uma autoridade competente.

Essa avaliação vai ser seguida de vários critérios, como as condições das finanças, se realmente há necessidade para o estado e se há mesmo a possibilidade de ser realizado o projeto. Com aprovação da autoridade se faz um processo licitatório.

Todavia, a construção de uma obra pública envolve verbas públicas; logo, é da obrigação da administração pública em licitar. Esse processo licitatório pode ser feito em três maneiras, ou seja, por concorrência, convite ou tomada de preço.

A modalidade a se seguir vai depender do valor estimado para que se possa realizar a obra. Se a obra foi avaliada, por exemplo, em um valor aproximado de R\$ 2,000,000,00 (dois milhões de reais) irá ser feita uma concorrência, logo será aberto um edital para que as empresas possam participar e enviar suas propostas, ganhando aquela que obteve a melhor proposta.

Do edital, vem a habilitação, depois classificação, homologação e por fim a adjudicação, encerrando o procedimento. Logo em seguida, surge o contrato que deverá ser assinado pela empresa recebendo o seu direito adquirido.

Acontece que, muitas vezes fazem o processo licitatório não com a intenção de atingir os objetivos do projeto. Alguns agentes públicos se aproveitam de seus cargos para desviar ou se apropriar do objeto da matéria que seria o dinheiro, ou seja, as verbas, os impostos pagos pelo contribuinte.

Funcionários, fiscais da própria licitação, prefeitos, constantemente aproveitando-se de sua posição, fazem vários planejamentos durante o processo de licitação nas obras para um desvio ou apropriação, assim cometendo um dos crimes contra a Administração Pública.

O Tribunal de Contas é um instrumento muito importante para se buscar uma maior transparência nos possíveis desvios, atos ilícitos que poderão ser detectados e denunciados pelo Ministério Público.

Assim diz Fernando Capez:

O TC, então, instaura um procedimento administrativo para apurar se o dinheiro público foi ou não devidamente empregado, e ao final emite um parecer consubstanciado em um acórdão no qual aprovará ou não o emprego das verbas públicas. Poderá, por exemplo, entender que houve desvio do dinheiro público em decorrência de superfaturamento na construção de determinada rodovia, fruto de uma licitação fraudada, a qual beneficiou alguns funcionários públicos e empresas particulares envolvidas.

Logo, o Tribunal de Contas é de extrema relevância para tornar os atos ilícitos mais visíveis. Porém, a tomada de contas pelo Tribunal Administrativo não é indispensável para se entrar com uma ação penal, uma vez que poderão ser utilizados outros meios para se descobrir o ilícito e entrar com uma ação penal.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho:

Como regra, o foro competente para processar e julgar os crimes que envolvem licitações é o da Justiça Estadual. Não obstante, se o crime implica desvio de recursos federais em decorrência de fraude no processo licitatório, o foro competente será o da Justiça Estadual.

5.0 CASOS CONCRETOS DA JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL

No Fórum de MIGUEL SEABRA FAGUNTES da 4ª vara criminal foi visto um processo sobre peculato nas obras públicas. O Ministério Público entrou com uma denúncia, em face de seis participantes do ilícito, sendo três funcionários públicos.

Analisando os fatos da petição inicial, observa-se que se trata do Programa de Erradicação de Casas de Taipa planejado pelo SETAS (Secretaria de Estado de Trabalho e Ação Social), na qual, este veio a fazer vários contratos após aos processos licitatórios e um desses contratos foi feito para uma construtora na qual ficou em acordo de se construir quarenta casas em um valor de R\$ 139,000,00 (cento e trinta e nove mil e seiscentos reais) em Goianinha, no Estado do Rio Grande do Norte.

Logo, foi detectado pelo Tribunal de Contas que uma parte do serviço confirmado concluído pelo SETAS, na verdade não tinha sido feito, causando um

prejuízo ao erário de R\$ 22.044,40 (Vinte e dois mil, quarenta e quatro reais e quarenta centavos).

De fato, quem estava envolvido eram os funcionários públicos e os representantes da empresa. Todos sabiam da irregularidade e se organizou de forma a desviar essa verba destinada a construção das casas.

Entende-se, no entanto, que a licitação antes do contrato não foi feito com intuito de atingir as expectativas do projeto aprovado pela autoridade competente e sim para iniciar o ato ilícito.

Outro caso visto é o da Operação Via Appia³ em que o Tribunal de Contas, por sua vez, observou várias irregularidades na execução de obras da duplicação da BR 101. De fato, antes foi feito o processo licitatório com o objetivo de fazer essa obra, acontece que o seguimento a essa licitação não foi feito de forma correta.

Todavia, no momento em que se faz a licitação é com o intuito de seguir à risca o projeto, não se admitindo nenhuma alteração. Acontece que alguns agentes públicos não obedecem a tal regra.

No processo da Via Appia na Justiça Federal, assim diz: “O Tribunal de Contas da União, em revisão preliminar dos preços de alguns itens do orçamento, detectou sobrepreço de R\$ 132.071.188,50, nas obras da BR-101/NE, referente a todos os lotes.” Porém, um valor desproporcional com o objetivo que se quer seguir.

Em diversas vezes, o Tribunal de Contas da União vem se preocupando com as obras de duplicação. Entre algumas irregularidades no orçamento da concorrência n. 334/2004 com o objetivo do revestimento do pavimento dos trechos que foram duplicados. Feito o TCU à inspeção, verificou-se um sobrepreço médio de 60%.

Inicialmente com o intuito de realizar a obra, ficou estimado um valor de R\$ 1.750.354.727,14(um bilhão, setecentos e cinquenta milhões, trezentos e cinquenta e quatro mil, setecentos e vinte e sete reais e catorze centavos). Foi alterado para R\$ 1.514.043.893,71(um bilhão, quinhentos e catorze milhões, quarenta e três mil, oitocentos e noventa e três reais), quando o Tribunal de Contas da União fez uma análise preliminar, implicando em uma redução de R\$ 236.310.833,43 (duzentos e trinta e seis milhões, trezentos e dez mil, oitocentos e trinta e três reais e quarenta e três centavos), referentes a todos os lotes, nas obras da BR 101.

³ Série de crimes relacionados à obra de duplicação da BR 101. Visto na Justiça Federal, na 2º Vara criminal.

Esses exemplos são provas que peculato existe e de forma contínua. O agente público de uma forma desesperadora e descontrolada vem constantemente desviado verbas, sem se preocupar com os princípios, principalmente o da moralidade, não agindo de forma honesta, buscando sempre se beneficiar e enriquecendo ilicitamente.

O processo licitatório que deveria ser feito para a realização dessas obras, com o intuito de seguir com o planejamento e com as expectativas do contribuinte são distorcidos, seguindo outro parâmetro, na qual, beneficia uma pequena parcela de pessoas e outra que seria a sociedade sendo prejudicada, devido à falta de senso, respeito e moral do agente público pelo o exercício de ser cargo na Administração Pública.

6 CONCLUSÃO

As obras públicas, ao serem realizadas, devem antes ser feito um projeto básico e nesse projeto a autoridade competente irá avaliar a sua importância e com a sua aprovação deverá obrigatoriamente fazer o processo de licitação.

A licitação é relevante e de fato, obrigatória, pela simples razão de que as verbas utilizadas são públicas, e logo, tem o dever de licitar. Todavia, nem sempre essas licitações conseguem atingir os objetivos que deveriam, uma vez que se inicia a licitação não com a intenção de verdadeiramente construir uma obra. Às vezes usa-se apenas um pretexto, um motivo para se dá início a licitação e assim planejando uma oportunidade de praticar o ato ilícito.

Existem vários casos concretos na Justiça Federal e na Justiça Estadual que comprovam essas continuas licitações fraudulentas. O Tribunal de Contas da União e do Estado, não raras às vezes, são surpreendidos por um processo de licitação não bem sucedida, em que funcionários públicos, fiscais, prefeitos preferem perder a moral e a dignidade para se beneficiar em desvio ou apropriação de verbas públicas do que honrar com seus princípios éticos.

O processo de licitação é feito, e às vezes não atinge as expectativas do contribuinte e da administração pública devido à desonestidade de outros que utilizam de seu poder, de seu cargo para atos que afetam aos princípios morais.

É nessa forma que nos perguntamos: será sempre assim? Em que o crescimento das cidades, a estrutura, de forma a construir casas, hospitais, estradas, reformas serão comprometidos por sujeitos que não respeitam os princípios e os direitos alheios?

A situação é grave. De fato afeta o desenvolvimento das cidades e a qualidade de vida das pessoas. Mas a indignação é maior ainda, porque já está sendo encarado com naturalidade, pois são casos não raros, contínuos e que já não afeta mais as pessoas como antes.

Os prejuízos são calculados, o Tribunal de Contas observa várias diferenças de valores, funcionários públicos são presos, prefeitos são presos, mas com o tempo são soltos e estes ou outros continuam a fazer os mesmos atos ilícitos rotineiros, ou seja, formando um ciclo vicioso.

No momento em que as verbas são desviadas por funcionários públicos estão cometendo o peculato, art.312 do Código Penal.

Na operação Via Appia, um dos que foram presos já entrou em liberdade. De fato existe uma lei, está no nosso código penal de que peculato é crime a uma punição, mas nem sempre é feito na prática. E assim, funcionários, fiscais e prefeitos agem de forma contínua e despreocupada como se não houvesse punição para tanto.

7 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte especial, 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: Parte especial. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à lei de licitação e contratos administrativos**. 14.ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010.

FILHO, José dos Santos Carvalho : **Manual de Direito Administrativo**. 21.ed. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2008.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**: Parte especial, 2.ed. São Paulo: Editora Impetus, 2009.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado**. 1.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GOGOY, Arilda S. **Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades**, In: Revista de administração de empresas, 1995.

JESUS, Damásio De. **Direito Penal**: Parte especial. 14. ed. São Paulo: Editora saraiva, 2008.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 1.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MELLO, Celson Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**: 2.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E.M. **Metodologia do trabalho científico**. 5.ed. rev. .ampl. São Paulo: Atlas, 2001.

MAANEN, John, Van. **Reclaiming qualitative methods for organizational research:** a preface, In: Administrative Scienc quarterly.

MANNING, Peter K. Metafhors of the field: **varieties organizational discourse.** In: Administrative Scienc quarterly.

<http://www.nominuto.com/noticias/policia/operacao-via-apia-um-dos-presos-ganha-liberdade/63470/>