

Como citar esse artigo:

SOUZA NETTO, José Laurindo de. GARCEL, Adriane. HIPPERTT, Karen Paiva. *Uma análise do poder na perspectiva de niklas luhmann e max weber para a compreensão da corrupção entre o público e o privado*. In: Poder nas Relações Sociais. Eduardo Milléo Baracat e Luiz Eduardo Gunther (Organizadores) ISBN 978-65-87027-08-1 v. 1., 1. ed. Curitiba: NCA Comunicação e Editora, 2021. p. 325-372. Site editora: www.livroslegais.com.br

**UMA ANÁLISE DO PODER NA PERSPECTIVA DE NIKLAS
LUHMANN E MAX WEBER PARA A COMPREENSÃO DA
CORRUPÇÃO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO**

**AN ANALYSIS OF POWER FROM NIKLAS LUHMANN'S PERSPECTIVE FOR
UNDERSTANDING CORRUPTION BETWEEN PUBLIC AND PRIVATE IN
PANDEMIC TIMES**

José Laurindo de Souza Netto¹, Adriane Garcel², Karen Paiva Hippertt³

Resumo: O objetivo do trabalho é investigar a estruturação do poder e o histórico fenômeno da corrupção, contrapostos a estruturação dos mecanismos internos de combate à corrupção no

¹ Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma La Sapienza. Estágio de Pós-doutorado em Portugal e Espanha. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor do Curso de Mestrado da Universidade Paranaense - UNIPAR e Professor da Escola da Magistratura do Paraná- EMAP. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: jln@tjpr.jus.br ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6950-6128>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>

² Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Ministério Público – Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR/UNIVERSIDADE POSITIVO. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA/UNIBRASIL. Graduação em Direito e em Letras. Assessora Jurídica do TJPR e Mediadora Judicial. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>

³ Pós-graduanda em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná- Curitiba. Estagiária de Pós-Graduação da 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Curitiba/PR. E-mail: karen.hippertt@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3991-8850> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5863810703081925>.

Brasil. A problemática reside em perquirir, diante da flexibilização do procedimento licitatório, a eficácia dos mecanismos preventivos e sancionatórios de combate à corrupção, previstos na Lei nº 13.979/2020, com redação dada pela Medida Provisória 926/2020, para atendimento da situação de emergência durante a pandemia do COVID-19. Para tanto, utilizou-se o método lógico dedutivo, combinado aos precedentes de pesquisa bibliográfica e documental. Como principal contribuição do trabalho, observa-se que a corrupção, fenômeno histórico e multifacetado, marca a história do país e reflete a inoperância dos governos. Por fim, como resposta a problemática proposta, evidenciou-se que a união entre os mecanismos previstos na Lei nº 13.979/2020 e o amplo arcabouço sancionatório das demais legislações é essencial para inibir a corrupção em um contexto de licitação flexibilizada.

Palavras-chave: poder, corrupção, flexibilização da licitação, Lei nº 13.979/2020, prevenção, sanção.

Abstract: The power understood in Niklas Luhmann's theory refers to a kind of communication that produces linkage of actions and decisions and is present in all areas of communication in society. In this sense, from the power relations under the Luhmannian perspective, and with werberian nuances, in what they converge with each other, the objective is to analyze the extent to which the internal mechanisms to fight corruption, within the scope of public administration, are in fact effective to curb its expansion due to the flexibility of norms emerging in the state of exceptionality, caused by the Covid-19 pandemic. Understanding power under the conceptions of Luhmann and Weber is essential to the analysis of corruption in Brazil. Therefore, as a methodology, the dialectic deductive method and content analysis are used, combined with the precedents of bibliographic and documentary research. As a conclusion, the research reaffirms that the corrupt practices of the political system reach a systemic dimension, as an entire social system is covered by it, causing immeasurable damage to the community, which makes it necessary to reinforce the internal mechanisms to fight corruption.

Keywords: power, corruption, relations, public administration, flexibility.

INTRODUÇÃO

Apesar das diversas investigações em torno daquilo que vem a ser o poder, a teoria dos sistemas de Luhmann ganha destaque no que concerne à análise sob a ótica de uma visão crítica mais abrangente, ao concebe-lo como tipo especial de comunicação entre os diversos setores da sociedade e que impacta diretamente nas ações e decisões tomadas.

O poder passa a corresponder a meio de comunicação utilizado no sistema político, comunicacional fechado e autopoietico, que interliga ações entre si e reduz as possibilidades de escolha, a partir da seleção de uma única alternativa, independentemente da vontade, cumprir ou descumprir a ordem.

Em contrapartida, a corrupção, fenômeno que atravessou a história, representa uma fissura na comunicação e, conseqüentemente, na relação de poder. Isto, porque, macula a imagem, credibilidade e previsibilidade da administração.

No Brasil, a corrupção é fenômeno histórico advindo do Estado patrimonial português e que reflete a inoperância dos governos, com a economia pública e particular levadas à gangrena.

Apesar de a redemocratização engendrada pela Constituição Federal representar o início de um novo capítulo na história, ainda há um longo caminho a ser trilhado. Os índices de Percepção da Corrupção, da Transparência Internacional e Índice de Desenvolvimento Humano traçam panorama preocupante, neste sentido.

Na pandemia, o tema toma especial relevo. A urgência na adoção de medidas para combate e controle do vírus com a salvaguarda do direito à saúde motivou a desburocratização do procedimento licitatório, com edição da Lei nº 13.979/2020 e Medida Provisória 926/2020.

Neste contexto, imprescindível investigar a estruturação dos mecanismos internos de combate à corrupção no Brasil através da análise da legislação vigente, particularmente, da Lei nº 13.979/2020, alterada pela Medida Provisória 926/2020.

Partindo destas reflexões, a exposição se desenvolverá em três capítulos, para além da introdução e conclusão. Apresentar-se-á, primeiramente, o conceito de poder com enfoque na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e Weber. Na sequência, analisar-se-ão as características históricas e sociais da corrupção, bem como a disciplina legal e controle no Brasil. Por fim, serão investigadas questões relativas aos contratos de licitação realizados no período da pandemia do COVID-19 e as repercussões no direito administrativo, com análise dos mecanismos preventivos e sancionatórios.

Para a elaboração, será utilizado o método lógico dedutivo e análise de conteúdo, combinados aos precedentes de pesquisa bibliográfica e documental.

I. A CONCEPÇÃO COMUNICACIONAL DE PODER: ANÁLISE DAS CONCEPÇÕES DE WEBER E LUHMANN

A concepção acerca do poder não se confunde com as noções de política, força e Estado, o que torna imprescindível sua adequada compreensão.

Não obstante, inúmeras são as perspectivas em torno do conceito que desde a Grécia se desenvolve: “intercâmbio simbólico entre o sistema das sociedades e as ações sociais”, segundo Talcott Parsons; uma forma de “conseguir que as coisas sejam feitas”, na perspectiva de Giddens; e “meio de integração sistêmica sob tensão em relação à

integração uma nova forma de integração social”, para Habermans, que reformula o conceito de Giddens substituindo “as pretensões de poder por pretensões de validade racionalmente justificáveis”.⁴

Weber, Marx, Freud, Castoriadis, Foucault e Bourdieu, também possuem teorias relevantes em torno da temática. Entretanto, o presente estudo concentra-se apenas na análise das concepções de Weber e Luhmann, apresentadas a seguir.

1.1 O poder de acordo com Weber

Frequentemente perseguido pelo enriquecimento e notoriedade que suscita, o poder distribui-se nas comunidades ao longo das classes, estamentos e partidos.

De outro vértice, apesar de intimamente relacionado à dominação, forma especial de poder, com ela não se confunde.

O poder não depende da aceitação do destinatário, representando “toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”⁵. Já, a dominação, corresponde “a probabilidade de encontrar obediência para ordens específicas (ou todas) dentro de determinado grupo de pessoas”⁶ — aceitação e subordinação ao poder.

Uma dominação legítima, seja legal, tradicional, ou carismática, atribui legitimidade ao exercício do poder conferindo autoridade ao agente. É o caso do empregador que tem poder sobre o empregado e, também, de “todo o cosmo do direito privado moderno como descentralização da dominação nas mãos dos ‘autorizados’”⁷.

Para Weber, ao longo de toda história da humanidade, o poder econômico permitiu determinada classe a ascender ao poder político, nada mais do que uma consequência da própria dominação⁸. Inclusive, na maioria das vezes, foi utilizado para conservar a dominação, determinando o caráter de sua estruturação.⁹

⁴ SIMIONI, Rafael Lazzaroto. A comunicação do poder em Niklas Luhmann. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 97, p. 153, 2008. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/57>. Acesso em: 23 de jun. 2020. p. 155.

⁵ WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009, vol. 1, p. 33.

⁶ Ibidem.

⁷ Op. cit., p. 188.

⁸ VASCONCELLOS, Caio Eduardo Teixeira. Marcuse crítico de Weber. A política no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 33, n. 97, 2018.

⁹ WEBER, loc. cit.

De outro vértice, para Marcuse, a sociologia Weberiana apresenta falhas, já que se “os valores e o modo de vida da burguesia nascente não mais constituem uma força econômica progressista (...), as fissuras em certos conceitos da sociologia de Weber antecipam o momento no qual a *ratio* se desnuda na efetividade social como uma nova racionalidade de dominação ¹⁰”.

Nesta conjuntura, o crítico de Weber indica o surgimento de um padrão novo de dominação social e política no cenário das sociedades industriais avançadas, a dominação burocrática e liderança carismática.

Destarte, Marcuse ¹¹ correlaciona a sociologia Weberiana à uma verdadeira denúncia minuciosa do caráter contraditório e enviesado da modernidade tardia, que eleva a irracionalidade a categoria de razão — algo não previsto por Weber, embora implícito, até inevitável, na formação conceitual de sua teoria.

Nas sociedades industriais avançadas testemunha-se “O ascetismo intramundano despido de seu fundamento econômico, as antinomias imanentes ao conceito de razão ocidental e a irracionalidade de uma formação socioeconômica cujo objetivo principal é garantir as condições para a acumulação ampliada de capital fazem da “rija crosta de aço” algo mais esquivo e errático”, o prelúdio de uma renovada escuridão ofuscada pelo clarão que cintila. ¹²

No Pós-Guerra, a dominação burocrática perdeu seu sustentáculo ao se subordinar à um poder alheio de uma estrutura autoritária composta pela sedutora figura do líder carismático em meio às democracias de massa, não cumprido sequer com seu próprio papel, muito menos respeitando os seus princípios fundantes.

No capitalismo moderno, o contraste entre as classes sociais torna-se ainda mais evidente, diante da ascensão de uma administração supostamente racionalizada que faz uso de estratégias irracionais para se perpetuar. A civilização ocidental dilapida seu alicerce material, sua capacidade tecnológica, as produções intelectuais, culturais e a formação subjetiva para manutenção da dominação socioeconômica. À exemplo da livre iniciativa, que para a classe trabalhadora traduz-se na máxima trabalhar ou morrer de fome. ¹³

¹⁰ VASCONCELLOS, Caio Eduardo Teixeira. Marcuse crítico de Weber. A política no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 33, n. 97, 2018.

¹¹ Ibidem.

¹² VASCONCELLOS, loc. cit.

¹³ MARCUSE, Herbert. **O homem unidimensional**. São Paulo: Edipro, 2015, p. 240.

Para o autor “debaixo da base popular conservadora está o substrato dos proscritos e marginalizados, os explorados e perseguidos de outras raças e outras cores, o empregado e o não-empregável. Eles existem fora do processo democrático; sua existência é a mais imediata e a mais real necessidade pelo fim das condições e instituições intoleráveis.”¹⁴.

Dito isto, passar-se-á a análise do poder à luz da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann,

1.2 O poder como meio de comunicação, segundo Luhmann

Ainda recente, a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann estuda a sociedade sob a forma de sistemas, com intuito de simplificar sua complexidade.

Diferentemente de Talcott Parsons, o sociólogo concentra as investigações na função dos sistemas a partir da transposição de sua teoria autopoietica para as ciências sociais, proporcionando autonomia e novos horizontes investigativos.¹⁵

Apesar de ainda em desenvolvimento, com a transposição dos fundamentos da teoria biológica para a sociológica e a validação empírica da teoria autopoietica pendentes, a teoria Luhmanniana permite compreensão sistêmica, de racionalidade objetiva e autorreferencial que possibilita aprendizagem direta, a partir do exame de seus próprios objetos. É o que ressalta BOTELHO¹⁶:

“Importa ressaltar que a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann tomou por base os estudos neurofisiológicos desenvolvidos pelos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, na área da Biologia, por meio dos quais colocaram a ideia de que o que caracteriza um sistema vivo, animal ou vegetal, em relação aos demais é a sua autonomia, razão pela qual funcionam como verdadeiras máquinas autopoieticas. No espaço físico, a autopoiese constitui, segundo eles, “a condição última, necessária e suficiente, da própria vida”[4]. A riqueza das analogias da teoria e o potencial heurístico das hipóteses formaram um instrumento atrativo de investigação e construção teórica para vários domínios do saber humano, como a biologia molecular, as ciências físicas e matemáticas, a cibernética, dentre outros, alcançando, inclusive, o domínio das próprias ciências sociais”.

¹⁴ MARCUSE, Herbert. **O homem unidimensional**. São Paulo: Edipro, 2015, p. 240.

¹⁵ PONTES BOTELHO, Ana Cristina Melo de. A Corrupção Política e seu Estudo à Luz da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e de sua Projeção nos Sistemas Jurídico e Político. In: **XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2009, São Paulo. Estado Globalização e Soberania: o direito do século XXI. Florianópolis: FUNDAÇÃO JOSÉ ARTHUR BOITEUX - FUNJAB, 2009. v. 1. p. 35-37.

¹⁶ PONTES BOTELHO, loc. cit.

Mormente, a teoria se destaca no que concerne à análise do poder sob a ótica de uma análise crítica sistemática.

Preliminarmente, à luz da Teoria dos Sistemas Sociais, a sociedade é um “ sistema autopoietico de comunicação, (...) caracterizado por um perpetuum móbile auto-reprodutivo e circular de *actos* de comunicação que geram novos *actos* de comunicação”, cuja manutenção reclama a compreensão eficiente da mensagem pelo receptor por meio de uma comunicação eficaz.¹⁷

Em verdade, na comunicação reside o alicerce reprodutor dos sistemas sociais enquanto sistemas autopoieticos de comunicação complexos e interdependentes que são.

No paradigma epistemológico inaugurado por Niklas Luhmann, do ponto de vista do observador, os sistemas se percebem mutuamente aprendendo de forma auto referencial e gerando uma ordem que se condiciona aos complexos sistemas emergentes — a perspectiva do todo é substituída pela análise do sistema e o que o circunda.¹⁸

A Teoria da Autopoiese, ou Teoria dos Sistemas Sociais, rompe com a concepção de sujeito Kantiana, transportando o conceito para o campo do objeto e substituindo-o pela ideia de setores da sociedade.

Para a teoria de Luhmann, o poder é meio de comunicação simbolicamente generalizado que acontece em todas as relações de comunicação social, interligando as ações, decisões e comunicações em sociedade. Em verdade, é um tipo especial de comunicação que estrutura o sistema político social, além de coordenar as ações de modo sutil e ideológico.

Em cada forma particular de comunicação social que faz uso da seletividade para alcançar o sentido, está o poder, que se encontra, também, na política, na força e no Estado, embora com eles não se confunda.

O Estado é sistema que organiza o poder político e que serve de símbolo qualificador das organizações que atualizam as funcionalidades do sistema político. A política utiliza-se do poder como recurso comunicativo, produzindo e reproduzindo as ações. Já, a força, é um dos vários recursos do poder.¹⁹

¹⁷ TEUBNER, Günther. **O Direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

¹⁸ PONTES BOTELHO, Ana Cristina Melo de. A Corrupção Política e seu Estudo à Luz da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e de sua Projeção nos Sistemas Jurídico e Político. In: **XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2009, São Paulo. Estado Globalização e Soberania: o direito do século XXI. Florianópolis: FUNDAÇÃO JOSÉ ARTHUR BOITEUX - FUNJAB, 2009. v. 1. p. 35-37.

¹⁹ LAZZAROTTO SIMIONI, Rafael. A comunicação do poder em Niklas Luhmann. Revista Brasileira Estudos Politicos, v. 97, p. 153, 2008.

Trata-se o poder de meio de comunicação utilizado no sistema político, comunicacional fechado e autopoietico, que interliga ações entre si e reduz as possibilidades de escolha, para quem entende a comunicação, a partir da seleção de uma única alternativa, cumprir, ou descumprir a ordem.²⁰

Dito isto, essencial a compreensão daquilo que vem a ser possibilidade restringida pelo poder.

A possibilidade é a ocasião favorável à ação do sujeito, tendo em vista a conjuntura que se apresenta e o fim último por ele almejado. É justamente sobre ela que o poder age restringindo a livre escolha por intermédio da modulação de situações.

Em maior medida, o poder corresponde à medida da comunicação e representa a manutenção determinado nível prévio de liberdade, com a limitação das alternativas a uma única, a exigência de uma ação tanto daquele que se submete à ordem proferida (alter) como daquele que a emana (ego).²¹

Auto-referência, que independe do ângulo de observação, ao passo que a unidade sistemática se constrói autonomamente.²²

Destarte, do “circuito comunicativo desenvolvido no seio da sociedade, surgem outros circuitos comunicativos que vão se gerando a si próprios e se desenvolvendo paulatinamente até atingirem um grau de complexidade e perficiência na sua organização auto-reprodutiva²³”, com o poder não é diferente.

Ao abandonar a compreensão do poder enquanto mero recurso político, Niklas Luhmann passa a concebê-lo como “tipo especial de comunicação” entre os diversos

Ainda assim, existirá mesmo quanto ignorado pela comunicação em sociedade, no campo da ignorância, “quando ego não toma a ação de alter como premissa para decidir entre cumprir ou descumprir”. Isto, porque, nestes casos, o ordenamento dos Estados veda a ignorância do poder que é encarada como descumprimento do próprio poder, excetuada da boa-fé.²⁴

Destarte, para cada ação-decisão do alter, haverá uma ação correspondente do ego, seja para dispor, seja cumprir, ou para descumprir, a partir da valoração das alternativas

20 LAZZAROTTO SIMIONI, Rafael. A comunicação do poder em Niklas Luhmann. Revista Brasileira Estudos Políticos, v. 97, p. 153, 2008.

21 PONTES BOTELHO, Ana Cristina Melo de. A Corrupção Política e seu Estudo à Luz da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e de sua Projeção nos Sistemas Jurídico e Político. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. Estado Globalização e Soberania: o direito do século XXI. Florianópolis: FUNDAÇÃO JOSÉ ARTHUR BOITEUX - FUNJAB, 2009. v. 1. p. 35-37.

22 Ibidem.

23 Ibidem.

24 LAZZAROTTO SIMIONI, loc. cit.

de ação, mormente, das ameaças à sanção valoradas negativamente enquanto inconvenientes evitáveis.

Ainda, o estabelecimento da relação de poder exige certo grau de previsibilidade e tolerância das ações, de modo a conferir credibilidade. O poder resguarda a liberdade de escolha dentro do que delimita e torna o exercício da liberdade de ação previsível, dentro destes limites. Além disso, a alternativa comunicada é encarada como àquela que será igualmente evitada pelo detentor do poder.

A utilização da ameaça de sanção, conjuntamente com outros recursos, por seu turno, se apresenta enquanto simbologia facilitadora do cumprimento das alternativas ofertadas que permite ao ego diferenciar as escolhas favoráveis e desfavoráveis, dentro da lógica do paradoxo do poder, realiza-se para impedir os prejuízos oriundos do descumprimento.

Desse modo, a sanção não é condição do poder, vez que seu exercício se perfaz sem coerções, apenas com a comunicação eficiente da alternativa única existente. É o que explica BOTELHO ²⁵:

O paradoxo está no fato do poder não possuir um fundamento além de si mesmo: obedece-se a uma ordem não pelo medo da ameaça de sanções, mas sim porque a obediência aparece para o submisso como a única alternativa desejável. (...) E assim cumpre-se a ordem não porque ela é legítima, boa, adequada, verdadeira etc., mas porque o seu descumprimento é de algum modo desfavorável e, exatamente por isso, pode ser evitado através do cumprimento. Essa é a armadilha do paradoxo do poder: cumpre-se uma ordem porque é possível evitar os transtornos do seu descumprimento.

Diante das teorias apresentadas, tem-se que o poder representa a prerrogativa de modificar condutas sociais independentemente da vontade. Por sua vez, a corrupção representaria a quebra da comunicação, com rompimento dos termos previamente fixados no contrato social, gerando instabilidade.

Por isso, compreensão prévia da teoria Luhmanniana é essencial à análise acurada do complexo e multifacetado fenômeno da corrupção no país.

II. CORRUPÇÃO: CARACTERÍSTICAS E REGULAÇÃO

²⁵ PONTES BOTELHO, Ana Cristina Melo de. A Corrupção Política e seu Estudo à Luz da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e de sua Projeção nos Sistemas Jurídico e Político. In: **XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2009, São Paulo. Estado Globalização e Soberania: o direito do século XXI. Florianópolis: FUNDAÇÃO JOSÉ ARTHUR BOITEUX - FUNJAB, 2009. v. 1. p. 35-37.

No Brasil, a corrupção é fenômeno histórico advindo do Estado patrimonial português e que reflete a inoperância dos governos.²⁶

Enraizada no país, faz miseráveis, leva a economia pública e particular a gangrena, acentuando dívidas²⁷, desigualdades, desestabilizando a democracia e convidando à estagnação social.

Por se tratar de fenômeno complexo, multifacetado e que envolve estudo nas mais diversas áreas sua investigação partirá da análise histórica, social e legal.

2.1 Características históricas e sociais da corrupção

Intimamente ligada aos crimes de colarinho branco, a corrupção é fenômeno de longa data, complexo e que afeta a maioria dos países ao redor do mundo. É “tão antiga quanto o próprio governo (...)” e a paixão “por viver luxuosamente dentro do grupo dominante”.²⁸

O fenômeno que se desenvolve junto com a humanidade é típico das organizações políticas e já na antiguidade havia sido abordado no Código de Hamurabi, no Egito, na Bíblia Sagrada, no Código de Manú e em leis asiáticas. Também, estava previsto nas ordenações do reino e nos códigos subsequentes, inclusive, tendo sido detalhado no Código Penal de 1890 e, hodiernamente, em diversas legislações específicas.

Por outro lado, a temática da ética na Administração Pública, preliminarmente, foi discutida no ano de 321 e 300 a.C no livro Arthashastra, do filósofo Kautilya, que trazia as normas e princípios para a gestão política.

A origem multifacetada da corrupção, por sua vez, compreende fatores de ordem econômica, histórica, política, social e institucional, além de afetar os diversos aspectos da vida em sociedade. Nestes termos, Nelson Hungria²⁹:

Campeia como um poder dentro do Estado. E em todos os setores: desde o “contínuo”, que move um papel sem a percepção de propina, até a alta da esfera administrativa, onde tantos misteriosamente enriquecem da noite para o dia. De quando em vez, rebenta um escândalo, que se ceva o sensacionalismo

²⁶ FAORO, Raymundo. Os donos do poder-formação do patronato político brasileiro. Globo Livros, 2013.p. 482.

²⁷ Ibidem.

²⁸ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 15, 2015.

²⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. IX, p. 362.

jornalístico. (...). Deve reconhecer-se, entretanto, que a corrupção não se apresenta como um traço peculiar da época contemporânea: ela é de todos os tempos.

Na Antiguidade Clássica, a corrupção era vista como fenômeno que transformava a natureza das coisas para pior, destruindo a ordem natural.

Não obstante, apesar de a palavra ter por origem o termo latino *corruptionis* que significa “romper totalmente, quebrar o todo, destruir os fundamentos, as estruturas de algo”, os gregos, à exemplo de Platão, já faziam uso da expressão.³⁰

Conforme esclarece CORDEIRO³¹ “Os gregos estudavam a natureza e a cosmologia partindo da análise de dois mundos – o mundo perfeito dos deuses, marcado pela ausência de corrupção, e o mundo imperfeito dos homens, predominantemente corrupto (...). Assim, (...) partiam de uma noção “física” de corrupção, relacionada à mudança e modificação da natureza”.

No Brasil, as crises éticas marcam a história e a corrupção se remete a uma herança de escravidão, exploração, de busca incessante por riqueza e poder. Até mesmo no período colonial, a estratégia utilizada pela elite nas colônias, que permanece até os dias atuais, relacionava-se ao tráfico de influência, nepotismo, favorecimento e abuso de autoridade.³²

Conforme adverte AYER³³ “As práticas que vemos hoje na política brasileira já remontam ao século 16”, foi o caso, por exemplo, do governador-geral do Brasil entre os anos de 1558 e 1572, Mem de Sá, acusado de enriquecimento ilícito; do governador de Minas Gerais, entre os anos de 1720 e 1732, Dom Lourenço de Almeida, que constituiu sua fortuna por meio do enriquecimento ilícito a partir da extração de ouro e diamante.

Conforme retrata PACIORNIK “Dom João VI que chegou ao país falido, recebia presentes em troca de privilégios da Corte, dinheiro e títulos de nobreza. Senhores de engenho, fazendeiros e traficantes de escravos se beneficiavam em troca de favores ao rei”, era o chamado regime da “caixinha” em que títulos da nobreza eram distribuídos pela coroa que ficava com os valores desviados. Indo mais a frente, na República Velha,

³⁰ AYER, Flávia. Corrupção está enraizada no Brasil desde o período colonial, revela historiadora. Entrevista com Adriana Romeiro: prática é fruto de uma elite que se perpetua no poder para se enriquecer sem escrúpulos. **Em.com.br**, Minas, 13 ago. 2017, 8h07. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/08/13/interna_politica,891482/corruptcao-esta-enraizada-no-brasil-desde-o-periodo-colonial-revela-hi.shtml. Acesso em: 27 nov. 2020.

³¹ CORDEIRO, Carla Priscilla B. Santos. A corrupção sob um prisma histórico-sociológico: análise de suas principais causas e efeitos. **Revista Eletrônica Direito e Conhecimento**, v. 1, n. 2, 2017.

³² PACIORNIK. Joel Ilan, et al. Op cit. p. 27-28.

³³ AYER, loc. cit.

o voto era de cabresto. O jornal “Última Hora”, fundado com valores ilícitos, também, reflete a corrupção enraizada historicamente no país.³⁴

Em “A tolice da inteligência brasileira: ou como o país deixa manipular pela elite”, trabalho que sintetiza mais de 20 anos de pesquisas no intuito de compreender a dinâmica social contemporânea do Brasil, o sociólogo José de Souza chega a um perfil do brasileiro malemolente, cordial e que decide com base em sentimentos.³⁵

Ainda, Sérgio Buarque de Holanda retrata uma sociedade que naturalizou as desigualdades em meio a um cotidiano de exclusão. Conforme traz Jessé de Souza, com Buarque de Holanda o “tema “patrimonialismo”, por apresentar senso crítico, dramatizou conflitos aparentes e falsos, entre o mercado idealizado e Estado “corrupto” deixando às sombras as contradições sociais de uma sociedade que naturalizou desigualdade e o cotidiano de exclusão”. No entanto, a ideia do “homem cordial” origina-se de análise simplória que deixa de lado os contextos institucionais, históricos e sociais.³⁶

Por sua vez, o Estado Patrimonialista investigado por Faoro³⁷ espelha uma sociedade cujas origens ibéricas fincou raízes influenciando, até os dias atuais, no sistema de privilégios e política.

Ao retratar o Brasil colônia Faoro destaca o contexto de “ tráfico de influências, manipulação da coisa pública em benefício próprio, distribuição de cargos, concessão de privilégios, utilização de padrões domésticos de administração dos negócios do Estado”³⁸. Enfim, a “utilização de mecanismos de poder que mantêm a desigualdade social”, destacadamente, o patronato, assistencialismo, parasitismos, clientelismo e nepotismo.³⁹

Em verdade, a corrupção, oriunda da má utilização da estrutura dos estados e que tem como resultado o não atingimento do interesse público, acarreta rachaduras na relação de poder. Isto, porque, com a mácula da imagem, credibilidade e previsibilidade da

³⁴ PACIORNIK. Joel Ilan, et al. Op cit., p. 17.

³⁵ DELGADO, Gabriel Estides. Jessé Souza - A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite. **Rev. Direito e Práxis.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, 2017, p. 3267-3277. ISSN: 2179-8966. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/29832. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2179-89662017000403267&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 30 nov. 2020.

³⁶ Ibidem.

³⁷ FAORO, Raymundo. Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro, v. 3, 2001.

³⁸ CAMBI, Eduardo; BERTONCINI, Mateus. **Combate à corrupção: propostas extrapenais de aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro**. Direito e justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia. Curitiba: Ministério Público, 2016.p. 333

³⁹ PACIORNIK. Joel Ilan, et al. Op cit. p. 28.

administração, associada à figura da corrupção, o poder fica comprometido, sendo colocado em risco ao deixar de controlar a administração.⁴⁰

Assim, nada eficiente, tem-se a corrupção enquanto erva daninha da democracia. Um completo retrocesso, um desserviço, que desestabiliza as instituições, ata o exercício pleno das competências da administração pública, impede as medidas

Ato contínuo, FERRAZ JUNIOR⁴¹ sintetiza o fenômeno, identificando seis elementos que o compõe: **(1)** abuso de papéis públicos para uso privado; **(2)** relações de amizade, predileção, pequenas lealdades e distinção entre público e o privado que alcança a concepção de poder político – direito público e o privado, interesse público e autonomia privada; **(3)** noção de progresso; **(4)** capacidade de atingir todas as esferas do interesse público, “(...) alimentando-se de uma diferenciação entre complexidade e transparência”.

Dito isto, se o poder corresponde à medida da comunicação e tem-se um comunicador que contraria os próprios comandos que emana, não se pode esperar ação diferente daqueles submetidos à ordem de preferência, daí a necessidade de legislações específicas, aptas a comunicar de modo eficiente que o crime não compensa, com persecução e combate eficazes, de modo a impedir as ações indesejáveis.

Apesar de a redemocratização engendrada pela Constituição Federal representar o início de um novo capítulo na história, ainda há um longo caminho a ser trilhado.⁴² Dos 175 países avaliados pelo Índice de Percepção da Corrupção, da Transparência Internacional, divulgado no final de 2014, o Brasil ainda se encontra na 69ª colocação. Ainda, ocupa a 79ª posição, dentre os 187 países avaliados no último Índice de Desenvolvimento Humano, divulgado em 2014, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.⁴³

Nada obstante, a vasta legislação específica que veio a tratar da temática, possibilitando a prevenção, persecução e sanção adequadas da corrupção no país, verdadeiramente, simboliza um novo capítulo na história, mormente, que tem sido capa dos noticiários que retratam as operações várias deflagradas com retorno do expressivo montante desviado aos cofres públicos.

⁴⁰ PACIORNIK. Joel Ilan, et al. Op cit., p. 27.

⁴¹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Corrupção: ética ou política. **Revista USP**, n. 110, p. 23, 2016.

⁴² PACIORNIK. Joel Ilan, et al. Op. cit., p. 28

⁴³ GARCIA, Giselle. Brasil sobre três posições em ranking mundial sobre corrupção. O país ficou em 69º lugar entre os 175 avaliados pelo índice de. **Agenciabrasil.ebc.com.br**, Brasil, 3 dez.2014, 11h35. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2014-12/brasil-sobe-tres-posicoes-em-ranking-mundial-sobrecorruptao#>. Acesso em: 28 nov. 2011.

2.2 Disciplina legal e controle da corrupção no Brasil

A função administrativa é feixe de poderes jurídicos, um conjunto de competências e atribuições, com o fim de promover a concreção de interesses essenciais, ligados à promoção dos direitos fundamentais e fins constitucionalmente eleitos, “cujo desempenho exige uma organização estável e permanente, exercitados sob regime jurídico infralegal e que se exteriorizam em decisões destituídas de natureza jurisdicional”⁴⁴.

O exercício das competências da administração pública, por sua vez, se perfaz por intermédio da atividade administrativa. Entretanto, muitas vezes, o Estado, enquanto estrutura central da sociedade, depara-se com limitações de cunho estrutural ao gerenciar os recursos disponíveis e buscar satisfazer as necessidades constitucionalmente asseguradas precisando valer-se da capacidade do setor privado em produzir e ofertar os serviços vários.⁴⁵

Nesta conjuntura, o exercício da atividade administrativa, com salvaguarda do interesse público, reclama contratação do setor privado pelo Poder Público por intermédio do processo licitatório.

Com a Constituição Federal de 1988, o processo licitatório passou a ser dever esculpido no inciso XXI do art. 37. Aliás, exatamente por localizar-se no Capítulo VII do Título III, que trata da organização do Estado e princípios da administração pública, o processo seletivo para contratação do setor privado, “em que todos quantos tenham interesse em transacionar com o Estado possam competir, em igualdade de condições, de modo a que o resultado seja, de fato, o mais conveniente e vantajoso ao interesse público”⁴⁶, é corolário lógico obrigatório.

Neste cenário, a licitação passou a ser exigência imprescindível à contratação com o setor público “nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle” (art. 22, inciso XXVII, Lei 8.666/93).

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁴⁵ PACIORNIK. Joel Ilan, et al. Op. cit., p. 29.

⁴⁶ CALASANS JUNIOR, José. **Manual da licitação: orientação prática para o processamento de licitações**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 3.

Conforme adverte Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁷ a exigência de um procedimento licitatório assegura “proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito ao princípio da isonomia (previsto no art. 153, § 1º da Lei Maior) – com abertura de disputa no certame e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposto pelo art. 82, V, da Carta Magna brasileira”.

Mormente, os contratos administrativos envolvem quantias expressivas, demandando medidas de segurança capazes de fazer frente à eventual desvio de finalidade. Acerca do fenômeno da corrupção adverte PACIORNIK⁴⁸:

(...) a corrupção é crime guiado pela racionalidade do começo ao fim. A razão guia o criminoso à escolha da melhor maneira para obtenção das vantagens indevidas, às providências a serem tomadas, com refinadas técnicas de lavagem e ocultação do dinheiro. O criminoso, conquanto agente racional, apenas cometerá o crime quando seu benefício, a vantagem que não obteria dentro da legalidade, superar o custo esperado referente à punição, multiplicada pela pena recebida (BECKER, 1968 apud SAMPAIO, 2013). Além disso, quanto maior for o poder de decisão do Agente que determinará as regras, quanto maior for a obtenção de lucros geradas pelo poder de decisão, “maiores serão os ‘benefícios econômicos’ obtidos por quem pratica a corrupção” (BECKER, 1968 apud PINOTTI, 2017, p. 173).

Neste contexto, imprescindível a adoção de mecanismos eficientes para controle interno pela própria Administração da juridicidade dos atos, inclusive, permitindo fiscalização por parte da população, de modo a possibilitar a gestão ótima da coisa pública.

No âmbito da governança interna, os mecanismos de controle buscam o cumprimento das regras e princípios constitucionais dispostos no artigo 37 da Constituição Federal, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, com o fim de maximizar a fiscalização e revisão da atividade administrativa.

De acordo com FORTINI, a “Governança (...) relaciona-se com processos de comunicação; de análise e avaliação; de liderança, tomada de decisão e direção; de controle, monitoramento e prestação de contas” e tem por papel gerenciar riscos estratégicos, conflitos internos, auditar e avaliar o sistema de gestão, promover a

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 534.

⁴⁸ PACIORNIK. Joel Ilan, et al. Op. cit. p. 27.

accountability e a transparência, além de disseminar uma cultura de planejamento e probidade.⁴⁹

Nesta conjuntura, com base em um levantamento feito pela consultoria Crowe Horwath RCS, PACIORNIK⁵⁰ adverte acerca de alguns dos entraves que dificultam a realização de um controle interno eficiente, os quais intitula de facilitadores da corrupção: **(1) carência de auditores no Brasil** que conta com a menor taxa por habitantes, em uma lista de vinte países da América e Europa; **(2) ausência de autonomia dos controladores** que se encontram subordinados hierarquicamente; **(3) demora na apuração e julgamento** facilitando o descaminho dos valores oriundos do roubo.

Os números envolvendo a corrupção no país refletem bem a ineficiência no combate e a necessidade de mudanças urgentes nos mecanismos de controle com atribuição de maior eficiência.

Atualmente, a corrupção é responsável por uma taxa de estagnação anual de 2% no crescimento do país, isto, em razão do comprometimento de 5% do PIB brasileiro, um contrassenso aos princípios que regem a Administração Pública.⁵¹

Neste sentido, uma série de leis passaram a ser editadas com o intuito de barrar o fenômeno da corrupção cada vez mais presente.

Aplicável em âmbito nacional, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), nada mais é do que regulamentação daquilo que dispõe o § 4º do art. 37 da CF. A legislação tem por âmago os princípios do direito administrativo e surge enquanto mecanismo interno de vigilância, dispondo sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Ato contínuo, a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) rege todo o procedimento licitatório e de contratação pública no país trazendo normas a serem seguidas, tanto pela administração pública direta, como pela indireta, em quaisquer dos poderes. Igualmente, assim como a Lei de Improbidade, reitera em seu texto os princípios que devem guiar, enquanto ditames, as contratações e compras da administração pública, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa,

⁴⁹ FORTINI, Cristiana. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. **Interesse Público– IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wpcontent/uploads/2017/05/governanca-combate-corrupcao.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2020.

⁵⁰ PACIORNIK. Joel Ilan, et al. Op cit., p. 29.

⁵¹ REDAÇÃO. Corrupção custa R\$ 130 bi por ano ao País. **Brasil.estadao.com.br**, São Paulo, 28 nov. 2010, 00h00. Disponível em: [HTTP://muco.com.br/Materia.aspx?id=21735](http://muco.com.br/Materia.aspx?id=21735). Acesso em: 24 jul. 2020.

vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo. O objetivo é democratizar as contratações público-privadas no país barrando a corrupção.

Ainda, faz parte do conjunto de leis que buscam barrar à corrupção no país, a Lei complementar nº 101/2000.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, como é chamada, estabelece normas de finanças públicas voltadas à responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição, é o que dispõe o seu art. 1º. O intuito da lei é ampliar a transparência e, conseqüentemente, o controle por parte da sociedade por intermédio da acessibilidade. Isto, porque, conforme adverte Simon Schwartzman⁵², a abertura dos regimes políticos é inversamente proporcional à corrupção no país, ao passo que prejudica a manutenção da autocracia com distribuição as escondidas de recursos e privilégios. Nestes termos:

Tal lei inova ao limitar gastos tanto para as despesas do exercício (prevendo contingenciamentos e limitação de empenhos) quanto para o grau de endividamento. Prevê o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas, bem como a obediência a limites e condições para a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição de restos a pagar.

Destarte, a iniciativa legal foi passo muito importante, vez que a má gestão dos recursos públicos desestabiliza toda a economia afastando a administração pública da promoção dos interesses essenciais da população consagrados na Constituição.

A Lei de Responsabilidade Fiscal obriga todos os entes federados a organizarem suas finanças, além de promover a transparência que possibilita o acompanhamento do balanço financeiro pela população a partir dos portais da transparência. Assim, faz frente a corrupção por intermédio de uma sociedade informada e a previsão de regramentos para uma administração organizada no plano orçamentário.

Ato contínuo, a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), ou Lei da Empresa Limpa, tem o objetivo de estabelecer medidas no combate à corrupção, como a responsabilização objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pelos atos lesivos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira, sem prejuízo da responsabilização individual, resguardada a independência de responsabilização.

⁵² CAMBI, Eduardo; BERTONCINI, Mateus. **Combate à corrupção: propostas extrapenais de aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro**. Direito e justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia. Curitiba: Ministério Público, 2016. p. 349.

Ainda, prevê a possibilidade de a autoridade máxima de cada órgão, ou entidade, celebrar acordos de leniência, com isenção das sanções previstas no inciso II do art. 6º e inciso IV do art. 19, bem como redução da multa aplicável.

Adaptação do direito administrativo sancionador à complexidade da contemporaneidade, o acordo de leniência tem se apresentado mecanismo imprescindível de combate à corrupção, auxiliando nas investigações de crimes extremamente sofisticados. No caso da Lava Jato, por exemplo, foram negociados 29 acordos de leniência pela Força-Tarefa (FT-LJ), “sem os quais seria impossível a FT-LJ obter êxito nas investigações”.⁵³

À vista disso, tem-se que a Lei Anticorrupção trata-se de microssistema sancionatório que possibilita a responsabilização dos sujeitos autores da prática de corrupção contra a administração, dificulta à corrupção no país, além de recuperar os valores obtidos por meio do ilícito, minorando os danos aos cofres.

Dito isto, vislumbra-se que a adoção de mecanismos que permitem autocontrole pela administração, demais entes e particulares alinha-se ao bloco legalidade, em especial, ao assegurar a gestão ótima com salvaguarda do interesse público.⁵⁴

Em tempos tão críticos, como os de pandemia, em que os direitos mais sensíveis da população encontram-se em jogo, exigindo um atuar urgente da Administração Pública e, consequentemente, a necessidade de flexibilização dos procedimentos de contratação com edição de diversas normativas, neste sentido, o histórico de corrupção do país levanta preocupações a respeito da continuidade do combate. Até porque, a salvaguarda do interesse público depende, necessariamente, de uma organização administrativa estável e permanente. A corrupção, por seu turno, leva o país a gangrena, impossibilitando não só a promoção dos direitos fundamentais e fins eleitos pelo constituinte como também o exercício do poder. Isto, porque, se o próprio ego contraria as ordens do poder, não há como exigir ação diversa do alter, mormente, ante a deslegitimação do poder que tem sua imagem associada ao ato de corrupção.

Diante deste cenário, imprescindível investigar a eficácia dos mecanismos de combate à corrupção para atendimento da situação de emergência durante a pandemia do COVID-19, em particular, a análise da Lei 13.979/20, com redação dada pela MP 926/2020.

⁵³ BRASIL. Ministério Público Federal. **Guia Prático 5CCR: acordos de leniência**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/>. Acesso em: 28 nov. 2020.

⁵⁴ PACIORNIK. Joel Ilan, et al. Op cit. p. 32.

III. A EFICÁCIA DOS MECANISMOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO PARA ATENDIMENTO A SITUAÇÕES DE EMERGÊNCIA DURANTE A PANDEMIA DO COVID 19: ANÁLISE DA MP 926/2020

Em 26 de fevereiro de 2020 o Ministério da Saúde registrou o primeiro caso de COVID-19 do Brasil, menos de um mês depois, em 11 de março de 2020, o SARS-CoV-2-19 já havia sido declarado pandemia, alastrando-se pelo país. Em 23 de abril, já eram 49.492 casos e 3.313 óbitos, número que só fez aumentar, inclusive, falando-se em uma segunda onda no país.⁵⁵

Os impactos foram os mais variados e impensáveis com repercussão na política pública de saúde, economia, sociedade, trabalho, comportamento, orçamento, questões tributárias e financeiras. No país instaurou-se uma crise econômica, política e de saúde sem precedentes.

Neste cenário, cada vez mais a Administração Pública tem sido convocada à uma atuação urgente na tentativa de salvaguardar efetivamente os direitos fundamentais da população, o que deu origem à edição de diversas leis, tais como, Decreto Legislativo nº 6/ 2020, Lei nº 13.979/2020, Decreto Estadual nº 33.510/2020, Decreto Estadual nº 33.519/2020, Decreto Estadual nº 33.536/2020, Decreto Estadual nº 33.537/2020, Decreto Estadual nº 33.544/2020 e etc.

Destarte, o cenário pandêmico de crise acentuada colocou no centro do debate a necessidade de se pensar a adoção de medidas inovadoras na seara do direito admirativo visando contornar os desafios originados pela crise.

Em especial, a salvaguarda do direito fundamental social à saúde implicou a contratação pelo setor público, com urgência e em larga escala, na tentativa de lidar com o cenário caótico.

Neste contexto, para auxiliar no enfrentamento da pandemia, a Lei 13.979/20 passou a dispensar licitações para compras e serviços, até mesmo de engenharia, inclusive, desobrigando estudos preliminares para bens e serviços comuns.

⁵⁵ VIANNA, Raffaela. Brasil tem 3.313 mortes e 49.492 casos de coronavírus, diz ministério. Foram 407 mortes a mais em comparação com a quarta-feira (22). **G1.globo.com**, 23 abr.2020, 17h14. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/23/brasil-tem-3313-mortes-e-49492-casos-de-coronavirus-diz-ministerio.ghml>. Acesso em: 28 nov. 2020.

Em decorrência, em havendo oscilações de mercado, poderá a autoridade pública, justificadamente, realizar compra em valor superior, inclusive, com empresas que não preencham os requisitos de habilitação nos casos em que houver restrição de fornecedor.

Ademais, destaca-se que a dispensa tratada na Lei nº 13.979/2020, com a redação dada pela Medida Provisória nº 926/2020, não impossibilita o uso de hipóteses outras de dispensa previstas no art. 24 da Lei nº 8.666/1993, ao passo que a lei de 2020 apenas veio a preencher lacuna legislativa causada pelo agravamento da pandemia enquanto durar.

Apesar de louvável, possibilitando a atuação célere e eficiente da administração pública em tempos tão críticos, a autorização direta, com dispensa dos procedimentos burocráticos, levanta preocupação no que se refere à facilitação do desvio de verbas públicas.⁵⁶

Neste cenário, imperiosa a discussão em torno dos mecanismos preventivos e sancionadores para compreensão adequada da problemática.

3.1 Eficácia dos mecanismos preventivos

A Lei nº 13.979/2020, com redação dada pela Medida Provisória n.926/2020, veio a possibilitar a adoção de medidas pela administração pública para enfrentamento da situação de emergência causada pelo COVID-19.

Neste contexto, a legislação procedeu, dentre outras medidas, a dispensabilidade do procedimento licitatório, simplificando e tornado mais breves as contratações enquanto perdurar o cenário de emergência.

Ao mesmo tempo, o legislador cuidou de delimitar o âmbito de abrangência da legislação tratando expressamente de sua aplicabilidade, limitação objetiva, temporal, comprovação e vigência do contrato, uma forma de salvaguardar a lisura procedimental.

No que concerne à aplicabilidade, limitação objetiva e temporal, a lei apenas será aplicável enquanto perdurar emergência decorrente da pandemia e tão somente aos bens, serviços e insumos destinados ao seu enfrentamento. Ainda, o contrato terá vigência de seis meses, prorrogável por períodos sucessivos enquanto vigorar o Decreto Legislativo nº 6/2020 (art. 4º-H).

⁵⁶

PACIORNIK. Joel Ilan, et al. Op. cit. p. 33.

Ato contínuo, em seu artigo 4º-B, a Lei nº 13.979/2020 conta com rol taxativo de situações em que presumir-se-ão preenchidos, de modo absoluto, os requisitos autorizadores da contratação direta, dispensada a necessidade de prova, quais sejam: **(1)** ocorrência de situação de emergência; **(2)** necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; **(3)** existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e **(4)** limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

Não obstante, a despeito da dispensa da prova, a presunção de boa-fé do gestor público e da situação de emergência, não resta eximido o dever de motivação adequada que ainda se faz obrigatório “ com indicação dos objetos do contrato, sujeito e preço, já que a lei 13.979/2020 não afasta a aplicação do art. 26 da Lei 8.666/93, que trata das formalidades para dispensa do procedimento licitatório, bem como a observância dos princípios norteadores da atuação do administrador público” ⁵⁷.

Neste cenário, a desburocratização do procedimento não pode ser utilizada pelo administrador como subterfúgio à fins e propósitos diversos que não os voltados ao enfrentamento da emergência de saúde pública, uma vez que ainda presentes o procedimento administrativo e formalidades.

Destarte, deve o administrador cumprir tanto com as disposições do art. 37, da CF, como com todo o bloco legalidade, é o que advertiu a Procuradoria-Geral do Distrito Federal no parecer Referencial SEI-GDF nº 002/2020 ⁵⁸:

“Importante alertar que, não obstante o permissivo legal para a dispensa de licitação nas aquisições destinadas ao enfrentamento da Covid-19, deve o gestor público sempre observar os princípios que lhe são impostos pelo art. 37 da Constituição Federal, bem como aqueles previstos no art. 3º da Lei 8.666/93. Assim, a celeridade necessária para as aquisições em comento não significa uma atuação que possa, de alguma forma, contrariar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, isonomia, seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, promoção do desenvolvimento nacional sustentável, bem como demais preceitos que lhe sejam correlatos. Não se trata, assim, de autorização irrestrita para aquisição desmesurada e irracional de bens e serviços, somente em razão de se estar em face de excepcional situação de emergência pandêmica”.

Em assim sendo, a interpretação do artigo 4º-B não se deve dar de maneira estanque, mas em conjunto com a totalidade dos regramentos contidos na Lei nº

⁵⁷ PACIORNIK. Joel Ilan, et al. Op. cit. p. 33.

⁵⁸ LEGISWEB. **Parecer PGE nº 30 de 24/04/2020**. Rio Grande do Norte, 29 abr.2020. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=393875>. Acesso em: 28 nov. 2020.

13.979/2020, à luz artigo 26 da Lei nº 8.666/1993 e de toda a principiologia do direito administrativo, conjuntamente com a Constituição Federal.

Inclusive, o TCU já decidiu em plenário a respeito de dever de motivação conforme verifica-se da leitura do Acórdão 1335/2020 ⁵⁹:

Apesar de a Lei 13.979/2020 ter reduzido o número de procedimentos e exigências relativos às aquisições para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, tais como a exigência de estudos preliminares (art. 4º-C, incluído pela Medida Provisória 926 de 20/3/2020), a vultuosidade das contratações e o bom trato da coisa pública exigem, mesmo que de maneira menos formal e mais célere, o mínimo de motivação dos atos administrativos. Os processos de contratação relacionados ao enfrentamento da crise do novo coronavírus (covid-19) devem ser instruídos com a devida motivação dos atos, por meio, no mínimo, de justificativas específicas acerca da necessidade da contratação e da quantidade dos bens ou serviços a serem contratados, com as respectivas memórias de cálculo e com a destinação a ser dada ao objeto contratado (art.4 – E, da Lei 13.979/2020).

Efetivamente, o dever de motivação mínima assegura que a segurança jurídica conferida ao gestor não impossibilite a reprovabilidade da conduta voltada à fins outros, ou mesmo, à compra de produtos para além do necessário. Em síntese, evita a má gestão da coisa pública.

Ademais, a lei exige a apresentação de termo referência simplificado, ou projeto básico simplificado, que conte com as especificações indicadas no § 1º do art. 4º-E.

A exigência de estimativa de preços no termo, ou no projeto básico simplificado, deverá adotar, ainda, no mínimo, um dos seguintes parâmetros: Portal Compras do Governo Federal, pesquisa mídia especializada, sites especializados, ou de domínio amplo, contratações similares de outros entes públicos, ou pesquisa com potenciais fornecedores. ⁶⁰

Seja dito de passagem, as limitações impostas pela lei apresentam-se enquanto mecanismos importantes de prevenção à corrupção, em meio à um cenário de licitação desburocratizada.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Relatório de Acompanhamento (RACOM) nº 014.575/2020-5. Avaliar a estrutura de governança montada pelo Ministério da Saúde para o combate à crise gerada pelo novo coronavírus, bem como os atos referentes à execução de despesas públicas pelo referido órgão e suas unidades subordinadas, sob os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência e efetividade. Relator: Ministro Benjamin Zymler, 27 mai. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/300712157/dou-secao-1-05-06-2020-pg-53>. Acesso em: 1 dez. 2020.

⁶⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado. **Prejulgado n. 2270. Processo COM-17/00491404**. Relator Herneusde Nadal. Florianópolis, 11 de março de 2019. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/content/jurisprudencia>. Acesso em 27 out. 2020.

Mesmo quando procedida a dispensa da observância de alguma das exigências aplicáveis a grande parcela dos casos, a legislação impõe exigências outras.

No caso da dispensa da estimativa de preços, por exemplo, além de se tratar de excepcionalidade, apenas poderá ser procedida mediante justificativa adequada. Também, à ressalva do §3º, relativa ao não impedimento de contratações por valores superiores àqueles obtidos com a estimativa de preços, apenas se aplica aos casos de oscilações ocasionadas pela variação de preços e, desde que, observadas as condições dos incisos I e II, negociação prévia com os demais fornecedores, segundo a ordem de classificação, para obtenção de condições mais vantajosas, bem como efetiva fundamentação da variação de preços praticados no mercado por motivo superveniente. A possibilidade de contratação de fornecedores com sanção de impedimento, ou suspensão de contratar, por seu turno, apenas se dará em caráter excepcional quando, comprovadamente, se tratar do único fornecedor do bem ou serviço e, desde que, mediante garantia. Neste caso, será procedida a dispensa da apresentação da documentação de regularidade fiscal, ou do cumprimento de 1(um), ou mais, requisitos de habilitação, entretanto, contanto que comprovada a regularidade trabalhista e o cumprimento do inciso XXXIII, caput, do art. 7º da Constituição Federal.

Ademais, a lei determina seja realizado estudo técnico preliminar, cuja dispensa apenas se dará no caso de bens e serviços comuns.

De outro vértice, considerando a influência que o convívio em grupo exerce sobre os indivíduos, como no caso das organizações empresárias, a adoção de um sistema eficiente de *compliance empresarial* e governança corporativa é imprescindível enquanto mecanismo preventivo para a redução da potencialidade criminológica deste tipo de dinâmica de grupo. Conforme adverte Guaragni ⁶¹:

O cumprimento de regras ganha expressão pragmática através da adoção de programas empresariais internos que busquem: a) prevenir eventos ilícitos (não só penais) no ambiente empresarial; b) evitar consequências que, embora não proibidas em lei, impactem negativamente na imagem da empresa (LIMA, 2011, p. 141); c) criar uma cultura interna de respeito às várias normativas tangentes às atividades empresárias principais e secundárias

⁶¹ GUARAGNI, Fábio André. Desvios cognitivos e volitivos nas atividades empresariais como fatores criminógenos: aspectos etiológicos e programas de criminal *compliance* como mecânica de controle. **V Encontro Internacional do Conpedi – Uruguai**. ISBN: 978-85-5505-242-2. P. 200-220.

Conforme explica a teoria da aprendizagem social, “a premissa consiste em que a aquisição de pautas e modelos criminais se concretiza por meio de um processo de aprendizagem evolutivo que se baseia na observação e imitação do comportamento delitivo alheio (aprendizagem observacional) ⁶²”, por isso um ambiente de uma cultura interna empresarial alinhada e comprometida com as normativas é essencial enquanto mecanismo de prevenção da criminalidade. A *compliance* serve como contracultura que permite a identificação dos fatores criminógenos, “distorções cognitivas e volitivas que afetem os membros da organização (...), rebaixando suas autocensuras e autorresponsabilidades”, os combatendo. ⁶³

Destarte, apesar de a Lei nº 13.979/2020 simplificar o processo licitatório, busca combinar a justa medida necessária ao período de urgência dentro do binômio segurança e eficiência. Não solta as rédeas excessivamente, em meio a um cenário de macrocriminalidade crescente e enraizada, ao menos no sentido de intimidar e dificultar a corrupção, mas não as encurta demasiadamente a ponto de travar a adoção das urgentes e necessárias medidas que tempos tão críticos exigem do administrador.

3.2 Eficácia dos mecanismos sancionadores

Apesar do amplo arcabouço voltado à prevenção da corrupção, a Lei nº 13.979/2020, com redação dada pela Medida Provisória n.926/2020, não traz em seu texto nenhum dispositivo que faça alusão às medidas sancionatórias.

Mormente, isto se dá sem prejuízos, uma vez o ordenamento jurídico contar com ampla legislação voltada ao combate à corrupção, com a previsão detalhada de sanções para cada caso, Código Penal, Lei de Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor, Lei dos Crimes Econômicos, Lei de Improbidade Administrativa, Lei das Licitações, Lei de Lavagem de Dinheiro, Código Civil, Lei Anticorrupção, Lei das Organizações Criminosas, Lei do Conflito de Interesses no Exercício de Cargo ou Emprego do Poder Executivo Federal, Lei da Ficha Limpa, Lei de Acesso à Informação e Lei da Transparência.

⁶² GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

⁶³ Ibidem.

A título de exemplo, a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010) torna inelegível por oito anos o candidato que “tiver o mandato cassado, renunciar para evitar a cassação ou for condenado por decisão de órgão colegiado (com mais de um juiz) – mesmo se houver possibilidade de recursos ⁶⁴”.

Ainda, na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/ 1993) tem-se a advertência por escrito (art. 87, I), multa, nos moldes do instrumento convocatório, ou contrato (art. 87, II), suspensão temporária (art. 87, III) e declaração de inidoneidade (art. 87, IV) — sanções administrativas fixadas aos licitantes e contratantes.

Advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão, ou de função comissionada, por sua vez, são as sanções aplicáveis aos servidores públicos federais, submetidos à Lei nº 8.112/1990.

Isso, sem falar na pena de reclusão, detenção e multa previstas em boa parte das legislações citadas: **(1) Código Penal:** pena de 2 a 12 anos de prisão e multa para o crime de corrupção ativa; 1 a 8 anos de prisão e multa para o crime de corrupção ativa em transação comercial e internacional; 2 a 5 anos de prisão e aplicação de multa para o crime de tráfico de influência; 2 a 12 anos de prisão e multa para o crime de corrupção passiva; e 4 a 8 anos de prisão para associação criminosa; **(2) Lei de Ação Civil Pública:** indenização pelos danos causados à sociedade; **(3) Código de Defesa do Consumidor:** indenização pelos danos coletivos que a conduta causar aos consumidores; **(4) Lei dos Crimes Econômicos:** pena de 2 a 5 anos para indivíduos cuja conduta tenha representado ofensa à ordem econômica; **(5) Lei de Improbidade Administrativa:** devolução dos valores oriundos de enriquecimento ilícito, no importe de até três vezes o valor do dano, pelo servidor público. Para a empresa envolvida, proibição do direito de prestar serviços à órgãos públicos, de 2 a 5 anos, bem como de receber incentivos fiscais e financeiros; **(6) Lei de Licitações:** proibição de a empresas envolvida em esquema de fraude prestar serviços a órgão público pelo período de até 2 anos e multa, de 2% a 5% do valor do contrato fruto de corrupção. Individualmente, pena de 6 meses a 6 anos de prisão e multa; **(7) Lei de Lavagem de Dinheiro:** prisão de 3 a 10 anos, multa e outras sanções. Para a pessoa jurídica, multa igual ao dobro do valor do contrato utilizado para a lavagem e igual ao dobro do lucro obtido com a lavagem, ou de R\$ 20 milhões; **(8) Código Civil:** indenização pelos danos oriundos da corrupção; **(9) Lei Anticorrupção:** ressarcimento

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Em 10 anos de vigência, Lei da Ficha Limpa foi objeto de importantes julgamentos no STF. **Stf.jus.br**, Brasília, 12 jun. 2020. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445421>. Acesso em: 26 nov. 2020.

dos cofres públicos pelas vantagens indevidas recebidas pela pessoa jurídica envolvida em corrupção, além de multa entre 0,1% e 20% do valor do faturamento bruto, do ano anterior ao início do processo; **(10) Lei das Organizações Criminosas:** pena de 3 a 10 anos de prisão.

Não obstante a isso, conforme destaca o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Ayres Britto "A nossa Constituição seguramente é a mais aparelhada do mundo, normativamente, no combate à corrupção. É a mais preocupada com probidade administrativa", à exemplo da possibilidade de propositura de ação popular para defesa da moralidade administrativa (art. 5º, inciso 73, CF) e de intervenção federal nos estados que descumpram os princípios republicanos, como no caso da prestação de contas (art. 34).⁶⁵

Com a simplificação dos procedimentos licitatórios, os mecanismos preventivos previstos na Lei nº 13.979/2020 tem se mostrado essenciais a possibilitar a investigação de fraudes realizadas nas compras durante a pandemia e a, consequente, aplicação de sanções aos acusados minorando os prejuízos aos cofres públicos. Mormente, a transparência, assegurada no § 2º do art. 3º-J, sem a qual dificultar-se-ia em muito a fiscalização.

Os bloqueios de bens, por seu turno, têm sido muito utilizados pelos Tribunais no intuito de minorar os prejuízos em um cenário de crise que demanda atuação urgente em meio a um orçamento limitado.

No caso do Pará, em que houve fraude na licitação envolvendo a compra de respiradores e prevaricação, o Superior Tribunal de Justiça determinou o bloqueio dos bens do governador, do secretário de Saúde e dos empresários envolvidos. Imóveis, embarcações, aeronaves e dinheiro cujo montante chegou a R\$ 25,2 milhões. Confira⁶⁶:

Integrantes do Ministério Público Federal e da Polícia Federal cumprem, na manhã desta quarta-feira (10/6), mandados de busca e apreensão contra o governador do Pará, Helder Barbalho (MDB), e outras 14 pessoas. A operação foi autorizada por ministro do Superior Tribunal de Justiça. Também são alvos os endereços de quatro empresas e uma secretaria do estado. O objetivo dos investigadores é reunir provas de desvios de recursos e fraudes em processos

⁶⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Direito e Justiça. Brasil Possui diversas leis para punir corrupção, mas aplicação é falha. **Camara.leg.br**, Brasília, 25 ago. 2014, 13h51. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/440092-brasil-possui-diversas-leis-para-punir-corrupcao-mas-aplicacao-e-falha/>. Acesso em: 26 nov. 2020.

⁶⁶ REDAÇÃO. STJ determina busca e bloqueio de bens de governador do Pará em investigação. **Conjur.com.br**, 10 jun. 2020, 11h01. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-10/stj-autoriza-busca-bloqueio-25-milhoes-governador>. Acesso em: 1 dez. 2020.

de licitação para compra de ventiladores pulmonares destinados ao combate à Covid-19, no Pará. O relator do caso, ministro Francisco Falcão, autorizou ainda o bloqueio de R\$ 25 milhões do governador e de outros sete envolvidos. Investigações O inquérito, que corre sob sigilo, investiga a contratação, sem licitação, de uma empresa que não tem registro na Anvisa, para fornecimento de 400 respiradores ao custo de R\$ 25 milhões para os cofres públicos. Há suspeita de que os equipamentos foram comprados com superfaturamento de 86,6%. A empresa recebeu o pagamento antecipado, com base em decreto (sem previsão legal) assinado pelo governador, que autorizou a medida em contratações emergenciais ligadas ao combate ao novo coronavírus. Indícios já reunidos pelos investigadores revelaram ter ocorrido montagem, posterior ao pagamento, de procedimento de dispensa de licitação forjado para dar aparência de legalidade à aquisição dos respiradores.

No Rio de Janeiro, a 2ª Vara da Fazenda Pública deferiu liminar para bloqueio de bens e valores das empresas contratadas, do ex-secretário executivo da Secretaria de Estado de Saúde e do governador envolvidos na fraude para aquisição de respiradores. Apesar do pagamento antecipado no importe de R\$ 18 milhões, os equipamentos adquiridos em caráter de urgência em razão da pandemia não foram entregues aos hospitais.⁶⁷

No município de Candeias, na Bahia, a Justiça Federal determinou o bloqueio de bens do Prefeito, da secretária de saúde, do superintendente de gestão e da empresa, bem como, seus respectivos representantes, envolvidos em esquema de fraude na compra de respiradores e máscaras para favorecimento da contratada, sem falar no sobrepreço de mais de 100%.

No Município de Rondonópolis, no Mato Grosso, a aquisição de 22 respiradores se deu de modo irregular, com dispensa indevida de licitação e fraude nos preços. Além disso, ao invés dos 22 ventiladores contratados, no valor de R\$ 4,1 milhões, foram entregues Monitores Cardíacos Multiparâmetros com custo unitário de R\$ 188 mil. Destarte, a Justiça acolheu pedido liminar do Ministério Público para bloqueio dos bens dos envolvidos, no importe de R\$ 4,1 milhões.⁶⁸

Em Manaus, o Governo do Amazonas transferiu R\$ 2,2 milhões (US\$ 525 mil) para uma importadora de vinhos para a compra de 28 respiradores, supostamente após

⁶⁷ AGÊNCIA BRASIL. Justiça bloqueia bens de acusados de fraude na compra de respiradores. Equipamentos seriam usados em hospitais de campanha para Covid- 19. **Vejario.abril.com.br**, Rio de Janeiro, 14 mai. 2020, 11h23. Disponível em: <https://vejario.abril.com.br/cidade/justica-bloqueia-bens-acusados-comprar-irregular/>. Acesso em: 28 nov. 2020.

⁶⁸ REDAÇÃO. MPMT requer bloqueio de mais de 4 milhões por compra de respiradores em Rondonópolis. **Hnt.com.br**, Cuiabá, 3 ago. 2020, 13h18. Disponível em: <https://www.hnt.com.br/justica/mpmt-requer-bl-oqueio-de-mais-de-4-milhoes-por-compra-de-respiradores-em-rondonopolis/179895>. Acesso em: 28 nov. 2020.

vencer a licitação. A decisão do Superior Tribunal de Justiça determinou o bloqueio de bens de treze pessoas físicas e jurídicas envolvidas no esquema, os valores obtidos somam o importe de R\$ 2,976 milhões que irão retornar aos cofres públicos.⁶⁹

Ainda, em decisão liminar a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Florianópolis determinou o bloqueio de R\$ 33 milhões da empresa Veigamed Material Médico pela compra fantasma de respiradores. Nos termos do consignado na decisão proferida pelo juízo, o bloqueio dos valores indevidamente desviados permite a devolução aos cofres públicos recuperando o Estado do grande prejuízo sofrido.⁷⁰

Conforme salientou a Controladoria-Geral da União “A má aplicação desses recursos, em um momento tão delicado como o atual, é extremamente prejudicial para a sociedade, que já está sendo bastante afetada pelos efeitos da pandemia ⁷¹”.

No entanto, a problemática em torno da temática do combate à corrupção no país não reside na falta de leis. O cenário que tem se traçado nos últimos anos reflete um Estado limitado em seu aparato de persecução e que, em decorrência, necessita fazer mais controles para contrabalancear os descontroles, o fenômeno de administrativização do Direito Penal com ampliação do Direito Administrativo Sancionador. Neste sentido, Fábio Guaragni ⁷²:

O direito penal assume o papel de apoio ao direito administrativo - uma face da administrativização do direito penal - prevendo uma série de crimes em que o que se protege é a própria atividade administrativa. [...]. O direito penal caminha em direção ao direito administrativo, para armá-lo de um braço mais forte ou poderoso. Rompe-se um princípio clássico de intervenção mínima jurídico-penal. *Pari passu*, acontece uma expansão do direito administrativo sancionador. Novamente: a resposta que o estado dá ao descontrole é tentar fazer mais controles (mais do mesmo). Vai criando mais legislação sancionadora na base do seu amplo poder punitivo administrativo e penal- que, em boa memória, é o que lhe resta, após a derrocada da substituição do discurso do poder.

⁶⁹ REDAÇÃO. Dinheiro desviado com compra de respiradores foi para conta bancária no exterior, diz PF. **Amazonasatual.com.br**, Amazonas, 30 jul. 2020. Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/dinheiro-desviado-com-compra-de-respiradores-foi-para-conta-bancaria-no-externo-diz-pf/>. Acesso em: 28 nov. 2020.

⁷⁰ REDAÇÃO. Covid-19. Justiça bloqueia R\$ 33 milhões de venda irregular de respiradores em Santa Catarina. **Folhaestado.com**, Santa Catarina, 4 mai. 2020. Disponível em: <https://www.folhaestado.com/covid-19-justica-bloqueia-de-r-33-milhoes-de-venda-irregular-de-respiradores/>. Acesso em: 28 nov. 2020.

⁷¹ REDAÇÃO. Dinheiro desviado com compra de respiradores foi para conta bancária no exterior, diz PF. **Amazonasatual.com.br**, Amazonas, 30 jul. 2020. Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/dinheiro-desviado-com-compra-de-respiradores-foi-para-conta-bancaria-no-externo-diz-pf/>. Acesso em: 28 nov. 2020.

⁷² GUARAGNI, Fábio André. **A Lei de Improbidade Administrativa no contexto do controle da Administração Pública: semelhanças e distinções entre o Direito Administrativo e o Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 7.

Por isso, a união entre os mecanismos previstos na Lei nº 13.979/2020 e o amplo arcabouço sancionatório das demais legislações, que inovaram no ordenamento endurecendo as penalidades, é essencial para inibir a corrupção em um contexto de flexibilização licitatória e de uma sociedade cuja corrupção fincou raízes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder é tipo específico de comunicação do sistema político que liga ações e decisões, demandando uma ação de *alter* e *ego*. Além disso, possui o domínio das possibilidades, ao delimitar as alternativas monopolizando as opções.

Apesar de não se limitar às sanções, a utilização da coação otimiza o cumprimento das determinações, especialmente, no âmbito do direito.

Quando existe uma ação política, por exemplo, quem a ela se submete não tem outra opção senão cumpri-la, ou não, diante da restrição das escolhas imposta pelo poder que limita todas as dúvidas inerentes às ações sociais.

Por seu turno, o fenômeno da corrupção, correspondente à contaminação do monopólio da comunicação, apesar dos inúmeros mecanismos de controle, ainda é objeto de preocupação por comprometer as entidades públicas, governos, sociedade e empresas privadas.

Desde os primórdios, a história do Brasil tem por marca uma cultura de apropriação do que é público em benefício privado, com vultosos desvios de recursos. Foi o caso de Mem de Sá, de Dom Lourenço de Almeida e, aliás, da própria nobreza, formada dentro daquilo que ficou conhecido como regime da “caixinha”. O jornal “Última Hora”, o voto de cabresto, a utilização do patronato, assistencialismo, parasitismos, clientelismo e nepotismo, também, são marcas da corrupção enraizada no país.

Assim, nada eficiente, tem-se a corrupção enquanto erva daninha da democracia. Um completo retrocesso, desserviço, que desestabiliza as instituições, ata o exercício pleno das competências da administração pública, impede as medidas necessárias a um caminhar em direção ao progresso e persecução dos direitos fundamentais

Para além, que a corrupção fincou raízes no país já é sabido, por este motivo é essencial a fiscalização interna pela Administração Pública, além da adoção de programas

eficientes que previnam, permitam sua persecução e sanção adequadas com o fim de evitar o desmantelamento dos cofres públicos, com cumprimento dos princípios da juridicidade e eficiência.

Especialmente no período de pandemia, a licitação desburocratizada torna a resposta estatal mais célere e eficiente, diante da crescente urgência na adoção de medidas. De outro lado, surge a preocupação com relação a efetividade dos mecanismos de controle.

Em tese, a contratação célere sem o devido processo licitatório facilita o desvio de recursos públicos e atos de corrupção, não atendendo a melhor relação custo-benefício na utilização dos recursos.

Não obstante, a Lei 13.979/2020 confere maior segurança ao procedimento ao traçar rol taxativo das situações em que se presumirá de modo absoluto o atendimento das exigências para contratação direta, mantida a necessidade de motivação adequada, inclusive, com apresentação de termo de referência/ projeto básico simplificados que apenas serão dispensados mediante justificativa da autoridade competente.

Além dos mecanismos de prevenção previstos na Lei 13.979/2020, os programas de *compliance*, ainda sim, são imprescindíveis ao permitir a inserção de uma contracultura à criminalidade tanto na administração pública como nas empresas contratadas — verdadeiro mecanismo preventivo.

Além do mais, o ordenamento jurídico conta com amplo arcabouço normativo voltado ao combate à corrupção, com previsão detalhada de medidas sancionatórias, inelegibilidade, declaração de inidoneidade, suspensão temporária, advertência, demissão, cassação de aposentadoria, destituição de cargo, impedimento de a empresa envolvida no esquema de fraude prestar serviços a órgãos públicos por dois anos, indenização pelos danos causados, pena de prisão, multa e bloqueio de bens.

No que concerne ao bloqueio de bens, tem sido muito utilizado pelos Tribunais nos esquemas de fraude à licitação no período de pandemia, assegurando a devolução dos valores aos cofres públicos de modo a evitar o agravamento dos prejuízos à sociedade em um momento tão delicado.

Neste sentido, tem-se que a união entre mecanismos preventivos e sancionatórios, tanto da Lei nº 13.979/2020 como das demais normativas presentes no ordenamento jurídico, é essencial para inibir a corrupção em um contexto de procedimento licitatório desburocratizado. Até porque, se o poder corresponde à medida da comunicação e tem-se um comunicador que contraria os próprios comandos que emana, não se pode esperar

ação diferente daqueles submetidos à sua ordem de preferência, daí a necessidade de se comunicar, por intermédio da persecução, contracultura e combate eficazes, que o crime não compensa.

Por fim, com base na análise realizada, a partir da perspectiva de Niklas Luhmann sobre o poder, buscou-se demonstrar que o fenômeno da corrupção não é mais compreendido de maneira individual, com base em desvios de conduta próprias àqueles que detêm o poder, mas que as práticas corruptas do sistema político alcançam uma dimensão sistêmica, à medida que todo um sistema social é por ela abrangido, com danos imensuráveis a coletividade.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Justiça bloqueia bens de acusados de fraude na compra de respiradores. Equipamentos seriam usados em hospitais de campanha para Covid- 19. **Vejario.abril.com.br**, Rio de Janeiro, 14 mai. 2020, 11h23. Disponível em: <https://vejario.abril.com.br/cidade/justica-bloqueia-bens-acusados-comprar-irregular/>. Acesso em: 28 nov. 2020.

AYER, Flávia. Corrupção está enraizada no Brasil desde o período colonial, revela historiadora. Entrevista com Adriana Romeiro: prática é fruto de uma elite que se perpetua no poder para se enriquecer sem escrúpulos. **Em.com.br**, Minas, 13 ago. 2017, 8h07. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/08/13/interna_politica,891482/corruptao-esta-enraizada-no-brasil-desde-o-periodo-colonial-revela-hi.shtml. Acesso em: 27 nov. 2020.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política, por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino**. Trad. João Ferreira et al. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2. ed. 1986.

BRASIL. **Lei nº 8.429/1992, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979/2020, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Corona vírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 01 de jul. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Guia Prático 5CCR: acordos de leniência**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/>. Acesso em: 28 nov. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Direito e Justiça. Brasil Possui diversas leis para punir corrupção, mas aplicação é falha. **Camara.leg.br**, Brasília, 25 ago. 2014, 13h51. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/440092-brasil-possui-diversas-leis-para-punir-corrupcao-mas-aplicacao-e-falha/>. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. MP Dispensa Licitação de compras e obras durante a pandemia da Corona Vírus. **Camara.leg.br**, Brasília, 31 mar. 2020, 13h10. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/647218-mp-dispensa-licitacao-de-compras-e-obras-durante-pandemia-de-coronavirus/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Em 10 anos de vigência, Lei da Ficha Limpa foi objeto de importantes julgamentos no STF. **Stf.jus.br**, Brasília, 12 jun. 2020. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445421>. Acesso em: 26 nov. 2020.

CALASANS JUNIOR, José. **Manual da licitação: orientação prática para o processamento de licitações**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 3.

CAMBI, Eduardo; BERTONCINI, Mateus. **Combate à corrupção: propostas extrapenais de aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro**. Direito e justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia. Curitiba: Ministério Público, 2016.

CORDEIRO, Carla Priscilla B. Santos. A corrupção sob um prisma histórico-sociológico: análise de suas principais causas e efeitos. **Revista Eletrônica Direito e Conhecimento**, v. 1, n. 2, 2017.

CROWE HORWATH RCS (2010). **Carência de auditores no Brasil**. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/informe-se/economia-e-financas/resultadodelevantamento-mostra-carencia-de-auditores-nobrasil/40045/>. Acesso em: 29/04/2011.

DELGADO, Gabriel Estides. Jessé Souza - A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite. **Rev. Direito e Práxis.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, 2017, p. 3267-3277. ISSN: 2179-8966. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/29832. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2179-89662017000403267&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 30 nov. 2020.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder-formação do patronato político brasileiro**. Globo Livros, 2013.p. 482.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Corrupção: ética ou política. **Revista USP**, n. 110, p. 15-28, 2016.

FORTINI, Cristiana. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. **Interesse Público– IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017. Disponível em: <https://www.editora>

forum.com.br/wp-content/uploads/2017/05/governanca-combate-corrupcao.pdf. Acesso em: 24 jul. 2020.

GARCIA, Giselle. Brasil sobre três posições em ranking mundial sobre corrupção. O país ficou em 69º lugar entre os 175 avaliados pelo índice de. **Agenciabrasil.ebc.com.br**, Brasil, 3 dez.2014, 11h35. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/inter-nacional/noticia/2014-12/brasil-sobe-tres-posicoes-em-ranking-mundial-sobrecorru-pcao#>. Acesso em: 28 nov. 2011.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GOMES, Christiano Gonzaga. **A Delação Premiada e a Teoria dos Jogos com Base no Equilíbrio de John Nash**. Ano 2017. Disponível em: <https://blog.saraivaaprova.com.br/delacao-premiada-e-a-teoria-dos-jogos-com-base-no-equilibrio-de-john-nash/>. Acesso em: 19 nov. 2020.

GUARAGNI, Fábio André. **A Lei de Improbidade Administrativa no contexto do controle da Administração Pública: semelhanças e distinções entre o Direito Administrativo e o Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GUARAGNI, Fábio André. Desvios cognitivos e volitivos nas atividades empresariais como fatores criminógenos: aspectos etiológicos e programas de criminal compliance como mecânica de controle. V **Encontro Internacional do Conpedi** – Uruguai. ISBN: 978-85-5505-242-2. p. 200-220.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externos e internos da administração pública**. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2011

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção: combate trasnacional, *compliance* e investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 33, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre Nietzsche y otros ensayos**. México: Red Editorial Iberoamericana, 1996.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. IX, p. 362.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LAZZAROTTO SIMIONI, Rafael. A comunicação do poder em Niklas Luhmann. **Revista Brasileira Estudos Políticos**, v. 97, p. 153, 2008.

LEGISWEB. Parecer PGE nº 30 de 24/04/2020. Rio Grande do Norte, 29 abr.2020. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=393875>. Acesso em: 28 nov. 2020.

LUHMANN, Niklas. **Poder**. Trad. Luz Mónica Talbot e Darío Rodríguez Mansilla. México: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 534.

MARCUSE, Herbert. **O homem unidimensional**. São Paulo: Edipro, 2015, p. 240.

PONTES BOTELHO, Ana Cristina Melo de. A Corrupção Política e seu Estudo à Luz da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e de sua Projeção nos Sistemas Jurídico e Político. In: **XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2009, São Paulo.

REDAÇÃO. Após indícios de fraude em compra de respiradores, Justiça bloqueia bens de preferido de Parauapebas. **Romanews.com.br**, Belém, 4 jun. 2020, 17h08. Disponível em: <https://www.romanews.com.br/cidade/apos-indicio-de-fraude-em-compra-de-respiradores-justica-bloqueia/81369/>. Acesso em: 28 nov. 2020.

REDAÇÃO. Corrupção custa R\$ 130 bi por ano ao País. **Brasil.estadao.com.br**, São Paulo, 28 nov. 2010, 00h00. Disponível em: [HTTP://muco.com.br/Materia.aspx?id=21735](http://muco.com.br/Materia.aspx?id=21735). Acesso em: 24 jul. 2020.

REDAÇÃO. Covid-19. Justiça bloqueia R\$ 33 milhões de venda irregular de respiradores em Santa Catarina. **Folhaestado.com**, Santa Catarina, 4 mai. 2020. Disponível em: <https://www.folhaestado.com/covid-19-justica-bloqueia-de-r-33-milhoes-de-venda-irregular-de-respiradores/>. Acesso em: 28 nov. 2020.

REDAÇÃO. Dinheiro desviado com compra de respiradores foi para conta bancária no exterior, diz PF. **Amazonasatual.com.br**, Amazonas, 30 jul. 2020. Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/dinheiro-desviado-com-compra-de-respiradores-foi-para-conta-bancaria-no-exterior-diz-pf/>. Acesso em: 28 nov. 2020.

REDAÇÃO. MPMT requer bloqueio de mais de 4 milhões por compra de respiradores em Rondonópolis. **Hnt.com.br**, Cuiabá, 3 ago. 2020, 13h18. Disponível em: <https://www.hnt.com.br/justica/mpmt-requer-bloqueio-de-mais-de-4-milhoes-por-compra-de-respiradores-em-rondonopolis/179895>. Acesso em: 28 nov. 2020.

REDAÇÃO. STJ determina busca e bloqueio de bens de governador do Pará em investiga
ção. **Conjur.com.br**, 10 jun. 2020, 11h01. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-10/stj-autoriza-busca-bloqueio-25-milhoes-governador>. Acesso em: 1 dez. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado. Prejulgado n. 2270. Processo COM-17/00491404. Relator Herneus de Nadal. Florianópolis, 11 de março de 2019. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/content/jurisprudencia>. Acesso em 27 out. 2020.

SEBASTIÃO FILHO, Jorge. A criminalização de condutas de perigo abstrato e a tutela de bens jurídicos supraindividuais nos delitos econômicos. In: **Revista Jurídica –**

UNICURITIBA, v.25, n. 9, 2010. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/58/37>. Acesso em: 01/10/2020.

SIMIONI, Rafael Lazzaroto. A comunicação do poder em Niklas Luhmann. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 97, p. 153, 2008. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/57>. Acesso em: 23 de jun. 2020.

TEUBNER, Günther. **O Direito como sistema autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

VASCONCELLOS, Caio Eduardo Teixeira. Marcuse crítico de Weber. A política no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 33, n. 97, 2018.

VIANNA, Raffaella. Brasil tem 3.313 mortes e 49.492 casos de coronavírus, diz ministério. Foram 407 mortes a mais em comparação com a quarta-feira (22). **G1.globo.com**, 23 abr.2020, 17h14. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/23/brasil-tem-3313-mortes-e-49492-casos-de-coronavirus-diz-ministerio.ghtml>. Acesso em: 28 nov. 2020.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009, v. 1, p. 33., p. 139.