

FRAUDE EM LICITAÇÕES PÚBLICAS: OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO FORMA DE DIRECIONAMENTO DO EDITAL

FRAUD IN PUBLIC Tenders: THE LIMITS OF THE DISCRETIONARY OF THE PUBLIC ADMINISTRATION AS A WAY OF DIRECTING THE NOTICE

Naumar Martins Pedreira¹
Marcos André de Almeida Malheiros Filho²
Peter Batista Barros³

RESUMO

O presente trabalho visa abordar as fraudes nos processos licitatórios, prática predatória e infelizmente, comum no Brasil, sendo da ciência da população, uma vez que é tema corriqueiro nas redes sociais, jornais e noticiários nacionais. Assim, para melhor entendimento de como se operam as fraudes, estão demonstrados os princípios da administração pública, as modalidades e as fases dos processos de licitação e as fraudes mais comuns que ocorrem no país. Por fim são apresentadas as formas de punição trazidas pela Lei 14.133/2021, que são aplicáveis tanto aos agentes públicos quanto aos particulares que praticam ou auxiliam de alguma forma para que as fraudes ocorram.

Palavras-Chaves: Fraudes; Licitações; Modalidade de licitações; Direcionamento; Sanções.

ABSTRACT

The present work aims to address fraud in bidding processes, a predatory practice that is unfortunately common in Brazil, and is a popular topic, as it is a common topic on social media, newspapers and national news. Thus, for a better understanding of how fraud operates, the principles of public administration, the modalities and phases of bidding processes and the most common frauds that occur in the country are demonstrated. Finally, the forms of punishment brought by Law 14,133/2021 are presented, which are applicable to both public agents and private individuals who practice or assist in some way for fraud to occur.

Keywords: Fraud; Tenders; Type of bidding; Targeting; Sanctions.

¹ Graduando em Direito, Centro Universitário Nobre (UNIFAN), naumar.direito@gmail.com

² Especialista em Direito Administrativo (Universidade Cândido Mendes), Centro Universitário Nobre (UNIFAN), malheirosfilho@malheirosadvocacia.com

³ Mestre em Administração Estratégica (Universidade Salvador), Centro Universitário Nobre (UNIFAN), profpeterbarros@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

As licitações são o meio pelo qual a administração pública adquire bens e serviços, mas também são uma ferramenta de fomento empresarial de todos os setores da economia, sendo por meio dela que as empresas privadas, desde pequenos produtores rurais, até grandes conglomerados de construtoras, celebram negócios com o governo.

Dada a importância do tema, em seu artigo 37, inciso XXI, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) disciplina que o processo licitatório é a regra geral quando o Estado busca adquirir um produto ou serviço de um particular, havendo exceções previstas em Lei (Brasil, 1988).

Todavia, quando se discute sobre licitações públicas, é premente a necessidade de se abordar a ocorrência de fraude nos processos licitatórios, prática ilegal que acarreta prejuízos ao erário público e, em muitos casos, reduz a qualidade na prestação de serviços ou na entrega de produtos. Assim, a temática sobre as fraudes em licitações é o foco dessa pesquisa, sendo que o problema consiste em: de que forma as fraudes ocorridas em licitações públicas, por meio de certames tecnicamente direcionados a licitantes específicos, mas camuflados no edital, se coadunam aos limites legalmente estabelecidos quanto à discricionariedade da administração pública para a celebração de licitações?

O presente trabalho é relevante uma vez que levará à população em geral e, em especial, às empresas licitantes e aos trabalhadores dos setores de licitações, a necessidade de uma análise crítica do edital, para fins de identificar possíveis elementos que indiquem direcionamento da licitação.

Um dos princípios basilares das licitações é o da ampla concorrência e, a partir do momento em que, por meio do edital, a comissão cria empecilhos ou retira a exigência legal com a intenção de favorecer uma determinada empresa, opera-se a fraude na licitação. Deste modo, este trabalho busca conscientizar a

sociedade de que é possível exercer o papel de fiscalização, inibindo essa prática predatória dentro das contratações públicas.

Como objetivo geral, busca-se verificar de que forma as fraudes ocorridas em licitações públicas, por meio de certames tecnicamente direcionados a licitantes específicos, mas camuflados no edital, se coadunam aos limites legalmente estabelecidos quanto à discricionariedade da administração pública para a celebração de licitações. De igual modo, os objetivos específicos buscam descortinar as questões mais específicas dos processos licitatórios, sendo elas: a) identificar os princípios que norteiam a administração pública; b) identificar as fases do processo licitatório; c) verificar como ocorrem os trâmites internos que precedem a elaboração do edital de licitação; d) identificar como se configura o direcionamento técnico do edital; e e) identificar as sanções cabíveis ao particular e ao ente público que cometem fraudes em licitações.

Este trabalho consiste em um estudo documental no qual foram analisados posicionamentos dos tribunais sobre o tema, além da legislação pátria, apoiado na pesquisa bibliográfica, por meio da consulta da doutrina disponível em livros, artigos e demais produções sobre o tema.

2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na ordem jurídica brasileira, os princípios são considerados como verdadeiros pilares, aferindo o fundamento de todas as normas jurídicas por apresentarem um caráter abstrato, ao mesmo tempo em que fornecem direcionamento às normas e regulamentam as condutas do caso concreto.

A administração pública deve se moldar pelos princípios básicos que estão dispostos na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, caput: “[...] legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”, os quais são apresentados, pela doutrina brasileira, a partir da sigla LIMPE. Meirelles (2016, p. 52) indica que “estes princípios devem ser observados por todos aqueles que fazem parte da administração”.

Com efeito, por condensarem valores mais fundamentais do ordenamento jurídico, sua utilização, por parte de administração pública, deve ser adequada, justificada e fundamentada, com ensina o Oliveira (2020, p. 35):

É preciso utilizar de forma adequada aos princípios jurídicos. Em razão de seu caráter normativo aberto e de relativa indeterminação do conteúdo, os princípios não podem servir de fundamento para decisões estatais, sem a necessária justificativa de sua aplicação no caso concreto.

Em que pese existirem outros princípios da administração pública que não estão presentes no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, por não serem o objeto do presente trabalho, serão abordados apenas os princípios descritos como limpe. O primeiro deles se refere ao princípio da legalidade que, para Meirelles (2016), atribui ao agente público o dever de observância fiel de todas as condições expressas na lei como o cerne do ato vinculado. O poder administrativo atribuído a este princípio se concretiza em praticar os atos expressamente dispostos e, nos casos de inobservância na forma, no tempo ou no modo indicados em lei, o ato praticado torna-se inválido, podendo ser reconhecido de ofício pelo próprio agente, pelo Poder Judiciário ou a requerimento de qualquer cidadão interessado.

Por seu turno, Di Pietro (2022, p.109) afirma ser o princípio da legalidade em conjunto com o controle exercido pelo Poder Judiciário, ambos surgidos com o Estado de Direito, um importante instrumento de garantia e respeito aos direitos individuais. Juntamente com o controle da administração pelo Poder Judiciário, este princípio se constitui numa das principais garantias de respeito aos direitos individuais, posto que “[...] a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade”. Deste modo a vontade da administração pública sempre decorre da existência de lei anterior.

De maneira imperiosa, o princípio da impessoalidade impõe, ao poder administrativo, o dever de tratamento impessoal e isonômico aos particulares, a fim de atender a finalidade pública, principalmente nos casos de concursos públicos e de licitações, sendo admitido o tratamento diferenciado entre pessoas

em posição de desigualdade como, por exemplo, a Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, a qual impõe tratamento diferenciado às Micro e Pequenas Empresas (MPEs) nos processos licitatórios (Brasil, 2006).

Por este princípio, fica proibida a promoção pessoal de agentes públicos, sendo que “as realizações públicas não são feitos pessoais dos seus respectivos agentes, mas, sim, da respectiva entidade administrativa, razão pela qual a publicidade dos atos do Poder Público deve ter caráter educativo, informativo ou de orientação” (Oliveira, 2023, p. 36).

Deste modo, a impessoalidade é uma regra que impõe, ao gestor público, o dever de observação às normas, vedando-lhe o uso da “máquina estatal” para promoção pessoal, como ensina Meirelles (2016, p. 96):

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição/88 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

Ainda segundo o doutrinador alhures, além de proibir a promoção pessoal, a finalidade obrigatoriamente deve atender a um objetivo certo e intransferível, que é o interesse público, sendo considerado eivado de vício qualquer ato diverso daquele previsto e, portanto, sujeito à invalidação.

O terceiro princípio expresso no art. 37 é o da moralidade, que está intimamente relacionado à boa-fé e à ética, pois impõe, ao administrador, frente à sua atuação, o dever de probidade e lealdade (Brasil, 1988). Sobre o tema Justen Filho (2023, p. 72) contribui afirmando que:

A moralidade consiste na exigência de compatibilidade da atividade administrativa com os valores éticos genericamente considerados. A moralidade reside no respeito à identidade, à autonomia e aos interesses dos terceiros. O princípio da moralidade interdita a obtenção de vantagens não respaldadas pela boa-fé. Exclui a

legitimidade de condutas fundadas em subterfúgios, no aproveitamento da ausência de conhecimento ou de condições de defesa do próximo.

De igual modo, para Di Pietro (2023, p. 418), a moralidade “exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade”.

Nesse sentido, o princípio da publicidade apresenta uma relação quase que umbilical com a honestidade supracitada, sendo sua observância de suma importância para o Estado de Direito, uma vez que vincula a administração pública a publicizar os atos praticados por seus agentes, considerando que, “[...] nos processos administrativos é obrigatória a divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição” (Meirelles, 2016, p. 100).

O princípio da publicidade pode ser perfeitamente resumido nas palavras de Justen Filho (2023, p. 72) ao defender que ele “[...] exige que os atos estatais sejam levados ao conhecimento de todos, ressalvadas as hipóteses em que se justificar o sigilo”.

Por seu turno, o princípio da eficiência se refere à forma como são utilizados os recursos econômicos, de maneira que venha a produzir resultados que se traduzam em economia ao erário, sendo “[...] necessário obter o máximo de resultados com a menor quantidade possível de desembolsos” (Justen Filho, 2023, p. 75). Outrossim, Oliveira (2020) afirma que o princípio da eficiência tem o condão de tornar a administração pública menos burocrática, o que levaria à ideia de efetivação das finalidades públicas presentes no ordenamento jurídico.

3 LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

Na ordem jurídica nacional, as licitações são consagradas pela Constituição de 1988 e regulamentadas pela Lei 14.133/21, além de outros diplomas estaduais e a Lei 13.303/ 2016, que trata sobre o tema para as estatais brasileiras, contudo este trabalho se concentra apenas no diploma de maior abrangência, notadamente a Nova Lei de Licitações e Contratos.

3.1 FUNDAMENTOS

Importante instrumento de fomento empresarial e, como regra geral, a principal ferramenta de celebração de contratos e negócios com o governo, as licitações movimentam centenas de milhões de reais todos os meses, posto que todos os bens e serviços utilizados pela administração pública advêm de procedimentos licitatórios, como assevera Di Pietro (2023, p. 408):

[...] a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem 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.

A obrigatoriedade de licitar incumbe a todos os órgãos da administração pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, estados, Distrito Federal e municípios (Brasil,2016 e Brasil,2021). Justen Filho (2023, p. 253) conceitua a licitação como sendo:

[...] um procedimento administrativo destinado a permitir a competição entre os interessados em contratar com a Administração Pública, disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio (edital), que estabelecem critérios objetivos para a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia.

Assim, a licitação é a regra geral para a contratação de bens e serviços, por determinação da Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI (Brasil, 1988). Dessa forma, a Lei 14.133/2021 é o novo diploma que regulamenta o referido inciso e revogou definitivamente outros diplomas, como a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e a Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002 (Brasil, 2021). Conceitua Vale (2023, p. 309):

A obrigatoriedade do procedimento licitatório é atrelada sempre a um relevante objetivo financeiro: a busca da proposta capaz de trazer um resultado de contratação mais vantajosa. Contudo, mesmo se estivesse diante de uma rigorosa pesquisa de mercado que indicasse o fornecedor – ou prestador de serviços – detentor da proposta mais economicamente vantajosa do mercado, ainda assim a licitação seria medida obrigatória também em função de um objetivo republicano: a de oportunidade de todos contratarem com a administração pública.

Licitar é procedimento obrigatório para a aquisição de bens e serviços, sendo um tema incontroverso, pois devem ser observadas as fases para tal procedimento, assim como as determinações legais e orçamentárias de cada órgão licitante.

A Constituição da República de 1988 inovou ao trazer, de forma expressa em seu Texto, a obrigação de licitar como ferramenta para a aquisição de bens e serviços, o que outrora era regido por leis esparsas, nas quais os estados e municípios criavam regramentos próprios, passando a ter a força imperativa da Constituição, dando à União a competência de criar as regras gerais sobre as licitações. As licitações encontram seu fundamento nos artigos 22, 37 e 175 da Constituição Federal:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. [...]

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

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica

e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. [...]

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos (Brasil, 1988).

Importante destacar que a regra constitucional é a licitação, sendo apenas admitidas as hipóteses de contratação direta expressas nas leis de regência, não sendo válidas a extensão por discricionariedade do gestor público sobre o tema, como ensina Calazans Júnior (2021, p. 21):

A licitação constitui, portanto, exigência inafastável para a escolha daqueles que o Estado deseja contratar para realizar os objetivos da ação administrativa. Trata-se de procedimento característico dos sistemas democráticos de governo, que não admitem o arbítrio ou a decisão unipessoal dos governantes. Baseado no princípio da isonomia, objetiva, fundamentalmente, obter a condição mais vantajosa para os negócios da Administração Pública.

A licitação deve ser entendida não apenas como uma ferramenta para a aquisição de bens e serviços por parte de entes estatais, para além disso, ela deve ser com um mecanismo de prevenção à corrupção, uma vez que cria procedimentos, que se satisfeitos e principalmente fiscalizados, levarão a escolha da melhor proposta, sem considerar quem é a pessoa a qual se contratará (Bandeira, 2004).

Deste modo, a licitação não apenas constitui uma formalidade, mas uma verdadeira garantia do Estado de Direito na busca pela promoção de princípios constitucionalmente estabelecidos, os quais decorrem nos tradicionais princípios da administração pública, como ensina Moraes (1998). Nesse sentido, a licitação se tornou um instrumento de observância obrigatória por todos os gestores públicos, sendo que qualquer tentativa de burlar suas regras importará em sanções aos envolvidos.

3.2 FASES E POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA

Toda contratação pública deve ser precedida de duas fases, sendo uma interna ou preparatória e outra externa, na qual qualquer pessoa tem acesso ao

edital e pode, inclusive, pedir esclarecimentos e impugnar o edital, desde que obedeça ao prazo legal. O artigo 17 da Lei 14.133/21 estabelece as fases da licitação e seus procedimentos:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

I – Preparatória;

II – de divulgação do edital de licitação;

III – de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

IV – de julgamento;

V – de habilitação;

VI – recursal;

VII – de homologação (Brasil, 2021).

Deste modo, toda licitação deve obedecer ao procedimento acima referenciado. Assim, a fase preparatória contempla a elaboração de Estudo Técnico Preliminar (ETP), do Termo de Referência (TR) ou projeto técnico, a confecção do edital e seus anexos, além da escolha da modalidade de licitação e a forma de disputa (Calazans Júnior, 2021).

Quanto à fase externa, assevera Oliveira (2020, p.490) que “com a publicação do instrumento convocatório, inicia-se a fase externa da licitação, com a convocação dos eventuais interessados para aderirem ao certame e apresentarem suas propostas”.

Contudo, apesar da expressa determinação Constitucional para licitar, a lei reservou hipóteses de contratação direta, que podem ser agrupadas, conforme preleciona Justen Filho (2023, p. 292), as inexigibilidades e as dispensas de licitação.

Mesmo sendo um procedimento menos burocrático, as contratações por meio de inexigibilidade e dispensa, obrigatoriamente devem obedecer à legislação, caso as contratações sejam das administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, seguirão à Lei 14.133/2021:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I – documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II – estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III – parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos;

IV – demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V – comprovação de que o contratado preenche os requisitos de qualificação mínima necessária;

VI – razão de escolha do contratado;

VII – justificativa de preço;

VIII – autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Art. 73. Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. (BRASIL, 2021).

Pela ótica de Justen Filho (2023), a inexigibilidade antecede a dispensa de licitação, de tal forma que, sendo inviável a disputa, procedera-se com a contratação direta por inexigibilidade. Havendo possibilidade de disputa, deverá haver a licitação, ressalvados os casos de dispensa.

Em linhas gerais, haverá a inexigibilidade sempre que for inviável a competição, como nos casos de artistas, já na dispensa, o objeto atende todos os requisitos de competitividade, todavia, pela discricionariedade do agente público, este pode contratar, desde que devidamente justificada e dentro dos limites estabelecidos no artigo 75 da Nova Lei de Licitações.

3.3 MODALIDADES (de acordo com a Lei 14.133/2021)

A grande novidade da Lei 14.133/2021 foi a supressão das modalidades de licitação tomada de preços e convite, e a criação da novíssima modalidade

diálogo competitivo, inspirada no diálogo concorrencial da União Europeia (Nohara, 2021).

Assim o art. 28 do novo diploma legal traz as 5 (cinco) modalidades de licitação vigentes, são elas: o pregão, a concorrência, o concurso, o leilão e o diálogo competitivo (Brasil, 2021).

O pregão é a “modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto” (Brasil, 2021, art.6º, XLI).

A concorrência é a “modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia (Brasil, 2021, art.6º, XXXVIII).

Ensina Calazans Júnior (2023, p. 187), que:

Tanto para a concorrência como para o pregão, a nova sistemática procedimental caracteriza-se, agora, pela inversão das fases (art. 17), isto é, pela antecipação da análise e da classificação das propostas, seguindo-se a verificação dos documentos de habilitação, a começar pelos do ofertante da proposta classificada em primeiro lugar.

Este procedimento torna o certame mais célere, reduzindo o tempo das sessões públicas. Todavia, como assevera Calazans Junior (2023, p 187), “em qualquer licitação deve o edital estabelecer a obrigatoriedade de apresentação dos documentos de habilitação por todos os participantes, em envelope específico, na sessão pública em que for proclamado o resultado do julgamento das propostas.”

O concurso é a “modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor” (Brasil, 2021, art.6º, XXXIX).

O leilão é a “modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance” (Brasil, 2021, art.6º, XL).

Por sua vez o diálogo competitivo é a modalidade de licitação

[...] para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentarem proposta final após o encerramento dos diálogos (Brasil, 2021, art.6º, XLII).

Sobre a criação do diálogo competitivo, Calazans Júnior (2023, p.85), afirma que “[...] representa sério risco para a Administração Pública, submetida que ficará à indicação de alternativas de execução que poderão corresponder mais aos interesses dos agentes privados do que aos da coletividade”.

A Nova Lei de Licitações manteve o Credenciamento, que está disciplinado no art. 6º, LXII, “a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados”

Conforme conceitua Dallari (2006, p. 15), credenciamento é:

o ato ou contrato formal pelo qual a Administração Pública confere a um particular, pessoa física ou jurídica, a prerrogativa de exercer certas atividades materiais ou técnicas, em caráter instrumental ou de colaboração com o Poder Público, a título oneroso, remuneradas diretamente pelos interessados, sendo que o resultado dos trabalhos desfruta de especial credibilidade, tendo o outorgante o poder/dever de exercer a fiscalização, podendo até mesmo extinguir a outorga, assegurados os direitos e interesses patrimoniais do outorgado inocente e de boa-fé.

4 FRAUDES EM LICITAÇÕES

Por ser recorrente nos tribunais, o tema chegou ao STJ- Superior Tribunal de Justiça, que fixou entendimento através da Súmula 645, que a configuração de fraude, independe de prejuízo e configura crime, in verbis: “O crime de fraude à licitação é formal, e sua consumação prescinde da comprovação do prejuízo ou da obtenção de vantagem” Súmula 645/STJ.

Nas palavras de Dourado, (2021, p.25), fraudar as licitações seriam:

[...] uma ação racional estratégica. É importante enfatizar este ponto: a fraude é sempre uma ação racional. Um evento ilícito é uma operação, limitada pelas regras do jogo, no qual os atores envolvidos equacionam a balança de ganhos em função da previsibilidade racional dos comportamentos de outros atores, estando presentes ou não naquela arena. Nesse caso, a corrupção não deveria ser explicada como um evento imoral de uma realidade corrompida, mas o fruto de uma dinâmica de ações racionais que operam segundo a modelagem de constrangimentos de uma certa instituição. A engenharia institucional aparece como um fator preponderante de influência para delinear as estratégias dos corruptores.

Deste modo, os operadores das fraudes, ficam limitados apenas pelas regras legais, todavia agem de forma intencional e preordenada, com a intenção de obter vantagem para si e/ou para outrem, causando grandes impactos econômicos, sociais e morais na sociedade.

As fraudes nas licitações podem ocorrer em qualquer fase no processo, (interna ou externa), podendo, inclusive, ocorrer na homologação e assinatura do contrato ou ainda, na execução do serviço ou entrega do bem, isso evidencia o quanto é imprescindível a observação e respeito aos princípios da administração pública e aos princípios das licitações, assim, “as fraudes enfrentadas nos processos licitatórios, se dão em virtude de um procedimento inadequado” (Nunes, 2020, p.9).

4.1 TIPOS MAIS COMUNS

As regras para as licitações no Brasil, vinculam a todos os níveis de poder, do supremo Tribunal Federal-STF ao município de Serra da Saudade, classificado pelo censo 2022- IBGE, como o menor município brasileiro. (Dourado, 2021)

Contudo, ainda que existam leis específicas sobre o tema licitações, que regram os procedimentos e de igual modo repelem todo ato de corrupção, é comum que sejam noticiadas fraudes em licitações, que beneficiam empresários e políticos, nas palavras de Dourado (2021, p.15,16):

[...] Prefeitos e Pregoeiros espalhados pelo país, organiza a dinâmica de predação do orçamento. A maior densidade das fraudes, do desvio

de verbas públicas, não acontece devido às estratégias de conluio ou cartéis maquiados pelos interesses racionais isolados do mercado e seus agentes. De forma gravíssima, os instrumentos de controle desenvolvidos para constranger essa dinâmica são como armas de pólvora em uma guerra biológica.

[...] O que se observa na prática é a utilização de um procedimento formal para propósitos ilegais de modo a privilegiar os parceiros comerciais dos gestores eleitos.

Em síntese, as fraudes são camufladas nos processos de modo que passam, na maioria das vezes, despercebidas, causando prejuízos ao erário e a sociedade, haja vista que a última sofre os impactos da corrupção.

Segundo Oliveira e Macedo (2009), *apud* Gomes (2019, p.49), encontram-se entre os tipos mais comuns de fraudes nas licitações no Brasil:

superfaturamento, o jogo de planilha, o direcionamento da licitação, a inexigibilidade da licitação, a dispensa de licitação, as fraudes na modalidade pregão, a corrupção dos servidores públicos, o acordo entre empresas, a entrega de material de qualidade inferior ao previsto no edital, as empresas fantasmas, a falsificação de documentos, a simulação de licitação e, por fim, o preço inexequível.

Ainda, conforme demonstra a autora alhures, podem ser enumerados os tipos mais comuns de fraudes licitatórias no Brasil em seis, “superfaturamento, o direcionamento da licitação, inexigibilidade de licitação, a dispensa de licitação, o acordo prévio e a contratação de fundações e organizações não governamentais” Gomes (2019, p.49).

No que tange ao superfaturamento, o Tribunal de Contas da União-TCU, proferiu Acórdão reconhecendo o fracionamento da despesa e superfaturamento do processo, sendo aplicado multa e declaração de inidoneidade, como se segue:

Acórdão 2162/2023 - Plenário

Relator: AROLDO CEDRAZ

Sumário: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO FIRMADO ENTRE O MTUR E MUNICÍPIO PARAIBANO. CITAÇÃO, AUDIÊNCIA E OITIVA DE DIVERSOS RESPONSÁVEIS. ACOLHIMENTO

PARCIAL DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. AFASTAMENTO DE PARTE DO DÉBITO INICIALMENTE SUSCITADO NOS AUTOS. FRACIONAMENTO DE DESPESA, FRAUDE LICITATÓRIA E SUPERFATURAMENTO NÃO ELIDIDOS EM SEDE DE DEFESA. CONTAS IRREGULARES, CONDENAÇÃO EM DÉBITO, APLICAÇÃO DE MULTA E DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DAS EMPRESAS LICITANTES. COMUNICAÇÕES. (TCU, 2023)

No mesmo sentido, o relator o Acórdão plenário nº 1901/2023, reconheceu a inexistência de planejamento, princípio instituído no art. 5º da Lei 14.133/21 e indispensável ao processo licitatório, bem como a presença de superfaturamento, sendo aplicada as sanções legais. (Brasil, 2021)

Acórdão 1901/2023 - Plenário

Relator: AUGUSTO SHERMAN

Sumário: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVERSÃO DE AUDITORIA. INEXISTÊNCIA DE PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO. SUPERFATURAMENTO. SIMULAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE DESENVOLVIMENTO DE SISTEMAS. SIMULAÇÃO DE PESQUISA DE PREÇOS. FRAUDE À LICITAÇÃO. OITIVA. AUDIÊNCIA. CITAÇÃO. REJEIÇÃO DAS MANIFESTAÇÕES. ACOLHIMENTO DAS ALEGAÇÕES DE DOIS GESTORES. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. INIDONEIDADE. INABILITAÇÃO. (TCU, 2023).

Na mesma linha o Acórdão 1957/2023, suspendeu um certame do Sistema Produtor do Paranoá por ausência de projeto básico, requisito legal para as licitações de para obras de engenharia:

Acórdão 1957/2023 - Plenário

Relator: BENJAMIN ZYMLER

Sumário: RELATÓRIO DE AUDITORIA. FISCOBRAS/2020. Termo de Compromisso 408.664-66/2013. SISTEMA PRODUTOR DO PARANOÁ. PREGÃO ELETRÔNICO. LICITAÇÃO DE OBRAS SEM PROJETO BÁSICO. ORÇAMENTO ESTIMATIVO DA CONTRATAÇÃO INADEQUADO, ELABORADO UNICAMENTE COM base em três cotações de valor global (sem discriminação dos custos de serviços, equipamentos e Materiais A SEREM APLICADOS NA

OBRA). SUPENSÃO CAUTELAR DA LICITAÇÃO. OITIVA. PERDA DE OBJETO DA MEDIDA CAUTELAR EM FUNÇÃO DA REVOGAÇÃO DO CERTAME LICITATÓRIO. CIENTIFICAÇÃO DAS IRREGULARIDADES. ARQUIVAMENTO.

Da análise dos dispositivos transcritos é plausível notar que compete a administração pública na fase interna do processo licitatório, possuir informações seguras e com a maior precisão possível sobre produtos e serviços e os preços dos estimados para a contratação, bem como o respeito à sequência das fases impostas pelo art. 17 da Lei 14.133/2021. (Brasil, 2021)

4.2 DIRECIONAMENTO TÉCNICO DO EDITAL

Quando o tema é direcionamento técnico, de logo se apresenta a discricionariedade da administração pública nas licitações como forma de justificativa, todavia, este princípio se aplica necessariamente na fase interna da licitação, justamente quando é elaborado o edital, fase esta que possibilita ao agente público aplique a “discricionariedade” a favor de interesses espúrios. (Scheibler e Faganello, 2015)

Com vistas à redução desta prática, o legislador criou um mecanismo de limita essa discricionariedade, notadamente o rol taxativo do art. 67 da Lei 14.133/2021, quanto a exigência de qualificação técnica, segundo o qual o cabe a discricionariedade do agente público apenas quanto às especificações do objeto licitado: “Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:” (Brasil, 2021).

Contudo o direcionamento acontece na medida em que o órgão contratante e a empresa licitante operam em conjunto para favorecer aquele licitante em detrimento dos demais. A fraude acontece ainda na fase interna da licitação, como já mencionado, com exigências superiores àquelas do art. 67 da Lei 14.133/2021, e por vezes, exigências que não se aplicam ao objeto licitado. (Nunes, 2020).

O direcionamento técnico pode ser verificado no detalhamento do objeto, quando as características indicam uma marca ou modelo de produto, por exemplo, opara-se a fraude pela ausência da isonomia entre os licitantes. Sobre o tema o Tribunal de Contas da União fixou entendimento, através da Súmula nº 177:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

Ao detalhar o objeto de maneira demasiada o agente cria uma barreira impeditiva à contratação hábil, como assevera Novelleto:

[...]quando são demasiadamente específicas e restritivas, podem tornar o item deserto, pois os licitantes não têm condição de atender a todas as exigências. Quando não finalizam como desertos, tem a competitividade limitada, ou ainda o direcionamento para apenas uma marca específica do mercado e, conseqüentemente, preços superiores ao estimado.

O Tribunal de Contas da União-TCU, ao redigir o acórdão 3556/2008 apoiou o entendimento já sedimentado pelo órgão de contas, segundo o TCU:

Acórdão 3556/2008 Segunda Câmara (Sumário)

Os critérios de pontuação da proposta técnica devem ser compatíveis e proporcionais ao objeto a ser executado, evidenciando os seus itens mais relevantes. A inobservância de tais pressupostos pode caracterizar direcionamento do certame.

No mesmo sentido, no bojo do acórdão 2061/2023, o plenário do TCU entendeu que em licitação para aquisição de software e hardware, a exigência de declaração do fabricante que comprove que o licitante está apto a comercializar, como critério técnico, contraria o princípio da competitividade.

Um caso recente ganhou repercussão na imprensa nacional foi edital que resultou na aquisição de cinco veículos Audi A4 S Line, híbridos, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS). Pelo detalhamento excessivo, o processo tem claros indícios de relacionamento para o modelo de veículo adquirido, todavia, o processo foi homologado e o objeto contratado.

Deste modo, o direcionamento técnico do edital deve ser observado sempre à luz do artigo 67 da lei 14.133/2021, haja vista ser a regra geral e possuir rol taxativo quanto a qualificação técnica, o que impõe limites à discricionariedade do agente público no que tange as exigências de qualificação técnica de delimitação do objeto.

4.3 SANÇÕES CABÍVEIS AO PARTICULAR E AO ENTE PÚBLICO QUE COMETEM FRAUDES EM LICITAÇÕES

A Nova Lei de Licitações tem o objetivo de modernizar as contratações no setor público, e tornar mais rígidas as punições aos envolvidos nos crimes cometidos em licitações e contratos administrativos. O novo diploma alterou o Código Penal Brasileiro inserindo os artigos 337-E a 337-O, é bem verdade que foram reproduzidos crimes previstos na Lei 8.666/93, todavia acrescentou novas condutas, quanto à fraude, sua conduta está descrita no art. 337-F do Código Penal Brasileiro:

Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

(Brasil, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

De forma complementar, o Tribunal de Contas da União, na edição nº 124, do Boletim do TCU, trouxe as formas de responsabilização e sanções aos envolvidos em fraudes contra as licitações:

Art. 5º O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações, em consonância com o art. 155 da Lei nº 14.133, de 2021:

[...]

IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;

X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;

XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação.

[...]

Art. 6º Serão aplicadas ao responsável pelas infrações previstas nesta Portaria as seguintes sanções administrativas, observado o devido processo legal e a razoável duração do processo, bem como assegurados o contraditório e a ampla defesa:

I - advertência;

II - multa;

III - impedimento de licitar e contratar; e

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

A principal mudança apresentada pela Nova Lei de Licitações é o fato de apresentar um capítulo específico para tratar das infrações e sanções administrativas. Ao comparar com a Lei nº 8.666/93, que tem apenas o art. 87 tratando da temática, Nova Lei nº 14.133/2021, traz pormenorizadas as infrações e sanções entre os artigos 155 a 163. (Brasil, 8.666/1993 e Brasil, 14.133/2021).

Ao analisar a nova lei de licitações, e conseqüentemente compará-la à Lei 8.666/93, fica evidente que a lei mais nova criou um sistema que combina as leis já presentes na ordem jurídica em um único texto legal, como assevera Torres, (2021, p.755). “A Lei nº 14.133/2021 absorveu características interessantes de ambos os diplomas, estabelecendo um regime jurídico sancionatório que mescla dos dois anteriores e apresenta ainda alguns avanços.”

A administração pública, tem papel fundamental, tanto na aplicação das penalidades aos que praticam as fraudes, quanto na criação de formas de prevenção de fraudes, na palavras de Nunes (2020, p 15):

Dos crimes que causam danos aos cofres públicos, as fraudes nas licitações é um dos que mais causam prejuízos para a sociedade, visto que acarreta várias conseqüências, não só monetárias, mas também em recursos sociais, obras públicas, prestação de serviço público, tudo isso fica defasado em virtude das fraudes nas licitações, já que o serviço ou compra que é fruto de um processo fraudulento não terá seu devido cumprimento, ou pelo menos não da forma, qualidade ou quantidade para que foi contratado.

Para combater as fraudes, a administração pública pode utilizar de alguns meios, tais como a segregação de funções, que nada mais é que distribuir as funções do processo aos servidores, de forma que cada um fique responsável por uma etapa.

Insta destacar que a nova lei de licitações criou mecanismos de controle e inibição das fraudes, extinguiu as modalidades convite e o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), modalidades que expandiam a discricionariedade do agente público e, conseqüentemente, abriam caminho para as fraudes (Nunes, 2020).

5 CONCLUSÃO

A partir dos pontos analisados pôde-se notar que a legislação avançou no sentido de coibir e combater as fraudes nos processos licitatórios no Brasil. Notadamente a Lei 14.133/2021, tornou mais duras as punições aos envolvidos nas fraudes licitatórias.

Quanto ao objeto geral da pesquisa pode-se afirmar que foi alcançado, uma vez que, após a análise dos princípios da administração pública e das práticas predatória de fraudes, conclui-se que os princípios funcionam como barreiras para impedir que as fraudes sejam ainda mais comuns no Brasil.

Para além da análise principiológica e legal, este artigo trouxe como os tribunais se comportam quando são demonstradas fraudes nas licitações, de modo a punirem, nos limites legais os infratores, desde servidores até mesmo políticos e agentes públicos.

A lei 14.133/2021, grande novidade legislativa no campo das licitações, ao criar a obrigatoriedade das licitações eletrônicas, a publicação no Portal nacional de Contratações Públicas- PNCP, ao acabar com as modalidades convite e RDC, tornou o processo licitatório mais transparente e reduziu as possibilidades de fraudes.

A criação do referido PNCP e as demais inovações quanto à transparência advindas da nova Lei de Licitações torna o processo licitatório mais isonômico, reduzindo as possibilidades de “acordos” e indesejado direcionamento do edital, pois agora todos os processos, obrigatoriamente devem ser enviados ao PNCP.

De forma clara e acessível este trabalho demonstrou as modalidades de licitação, o processo de elaboração de um edital, as formas mais comuns de fraudes nos processos licitatórios e as punições aos que praticam as fraudes. Por óbvio, não se esgotou o tema, até mesmo por sua complexidade e

diversidade nas fraudes, todavia, o alcançou o objetivo primordial de qualquer produção acadêmica e científica, que é trazer informação à população em geral.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, 2016. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Lei das Estatais. Brasília, DF. Diário Oficial da União;

BRASIL, 1993. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Lei de licitações e contratos da Administração Pública. Brasília, DF. Diário Oficial da União;

BRASIL, 2021. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. Diário Oficial da União.

BRASIL, 2006, Lei Complementar Nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Brasília, DF. Diário Oficial da União.

Brasil, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940- Código Penal Brasileiro. Brasília, DF. Diário Oficial da União.

Brasil. Lei de licitações e contratos (2021). 2. Licitação, legislação, Brasil, coletânea. 3. Contratação pública, Brasil. 4. Contrato administrativo, Brasil. I. Matos, Marilene Carneiros. II. Alves, Felipe Dalenogare. III. Amorim, Rafael Amorim de.

Boletim do Tribunal de Contas da União administrativo - Ano 56 | nº 124 | Quarta-feira, 05/07/2023;

BANDEIRA, Luiz Fernando. Novos mecanismos de prevenção à corrupção em licitações públicas, 2004. Dissertação de Mestrado (Programa de Mestrado e Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife

DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>

Dourado, Rodolfo Carneiro de Souza. Ecosistema da corrupção no Brasil: a sombra da gestão pública nas fraudes licitatórias. / Rodolfo Carneiro de Souza Dourado. – 2021. Disponível em:

https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/34638/1/Ecosistema%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o%20no%20Brasil_2021%20FINAL.pdf acesso em 02/11/2023

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, 1943- Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 36. ed. – [2. Reimp.] – Rio de Janeiro: Forense, 2023.

Gomes, Cássia Laís Waldivino Pereira. A licitação como instrumento de contratações públicas / Cássia Laís Waldivino Pereira Gomes. - Sousa: [s.n], 2019.

Disponível em:
<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/riufcg/9496/C%c3%81SSIA%20LAIS%20WALDIVINO%20PEREIRA%20GOMES%20-%20TCC%20DIREITO%202019.pdf?sequence=1&isAllowed=y> acesso em 02/11/2023.

Justen Filho, Marçal, 1955- Curso de direito administrativo / Marçal Justen Filho. – 14. ed. – [2. Reimp.] – Rio de Janeiro: Forense, 2023. 984 p.; 24 cm.

Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei no 14.133/2021. – 2. ed. – Brasília, DF : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2022. 136 p.

Meirelles, H. L. (2016). Direito Administrativo Brasileiro. 42ª edição. São Paulo: Malheiros Editores.

Manual da Licitação: com base na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 / José Calasans Junior. – 3. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2021.

Nohara, Irene Patrícia Diom. Nova Lei de licitações e contratos : comparada / Irene Patrícia Diom Nohara. -- 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

NOVELLETO, Amanda. Itens cancelados em pregões eletrônicos – principais motivos. Santa Catarina. Brasil. Disponível em: <https://www.effecti.com.br/blog/itens-cancelados-em-pregoes-eletronicos/>. Acesso 01/11/23

NUNES, Lorena Gonçalves Pereira- FRAUDES EM LICITAÇÕES PÚBLICAS-2020 disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/22488/1/FRAUDE%20EM%20LICITA%C3%87%C3%95ES%20P%C3%9ABLICAS%20-%20ARTIGO%20CIENFIFICO%20.pdf> -acesso em 08/09/2023

Oliveira, Rafael Carvalho Rezende Curso de direito administrativo / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. - 8. ed. - Rio de Janeiro: Método, 2020.

Oliveira, Rafael Carvalho Rezende Curso de direito administrativo / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. - 11. ed. - Rio de Janeiro: Método, 2023.

SCHEIBLER, Juliana Luisa; FAGANELLO, Matheus Rocha. Direcionamento de licitações pela administração pública e mecanismos de controle da discricionariedade. Novatio Iuris, v. 7, n. 2, 2015.

Torres, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas – 12. Ed.rev., ampl. e atual. – São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021.

- Acórdão 2162/2023 – Plenário. Relator: Aroldo Cedraz. Tomada De Contas Especial (TCE). Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/superfaturamento/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2> acesso em: 02/11/2023

- Acórdão 1901/2023 – Plenário. Relator: Augusto Sherman. Tomada De Contas Especial (TCE). Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/direcionamento%2520/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/23> acesso em: 02/11/2023

- Acórdão 3556/2008 Segunda Câmara. Relator André de Carvalho. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3556%2520ANOACORDAO%253A2008%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 acesso em: 02/11/2023

- Súmula 177 – TCU- disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sumula-177-tcu/>