

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

DIONATAN LUÍS MAYA

**O PROCESSO LICITATÓRIO E AS FRAUDES PRATICADAS: UMA ANÁLISE À
LUZ DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa
2022

DIONATAN LUÍS MAYA

**O PROCESSO LICITATÓRIO E AS FRAUDES PRATICADAS: UMA ANÁLISE À
LUZ DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas
Machado de Assis, como requisito parcial para
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^a Ms. Franciele Seger

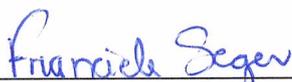
Santa Rosa
2022

DIONATAN LUÍS MAYA

**O PROCESSO LICITATÓRIO E AS FRAUDES PRATICADAS: UMA ANÁLISE À
LUZ DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

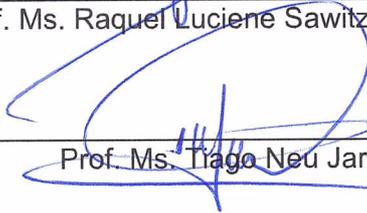
Banca Examinadora



Prof. Ms. Franciele Seger– Orientador(a)



Prof. Ms. Raquel Luciene Sawitzki Callegaro



Prof. Ms. Tiago Neu Jardim

Santa Rosa, 07 de dezembro de 2022.

DEDICATÓRIA

Dedico aos meus familiares, amigos e professores.

AGRADECIMENTOS

Minha gratidão em primeiro lugar, a Deus que tornou possível que meus objetivos fossem alcançados, ao longo da trajetória deste curso;

Agradeço carinhosamente a minha família pelo apoio;

Agradeço a FEMA pela qualidade de ensino, aos professores de modo geral, e de maneira especial, à professora Ms. Franciele Seger, minha orientadora, pela sua dedicação, prestatividade e competência;

Agradeço ainda, a todos que de alguma forma contribuíram para que este trabalho fosse realizado.

“Chamamos de ética o conjunto de coisas que as pessoas fazem quando todos estão olhando. O conjunto de coisas que as pessoas fazem quando ninguém está olhando chamamos de caráter.” (Oscar Wilde).

RESUMO

O presente estudo aborda o tema o processo licitatório e as fraudes praticadas: uma análise à luz da legislação pátria, delimitando-se à definição dos tipos de processos licitatórios, considerando a Lei n.º 8.666/1993 e as alterações promovidas pela Lei n.º 14.133/2021, os trâmites para a habilitação e participação das empresas, além de abordar as possíveis irregularidades contínuas, a capacidade técnica, a função social das empresas e suas garantias para a sustentabilidade da gestão pública. A partir da temática apresentada, a questão problema norteadora é: como é possível responsabilizar as empresas que cometem fraudes nos processos licitatórios e nos contratos administrativos? O objetivo geral consiste em estudar a legislação destinada à licitação, com ênfase nas mudanças promovidas pela Lei n.º 14.133/2021. Referida Lei, dentre outras mudanças, estabeleceu que a modalidade de licitação será definida pelo tipo de objeto a ser licitado, havendo, inclusive, a isenção da obrigatoriedade de licitar, como forma de agilizar o processo de compra ou contratação. No entanto, tal condição resultou na ocorrência de inúmeras irregularidades, ofendendo os princípios que regem o processo licitatório, condição essa que justifica o presente estudo, já que se mostra pertinente investigar tais crimes, assim como a responsabilização dos envolvidos. Importantes autores, como Amorim, Araújo, Bittencourt, Calasans Jr., Di Pietro, Justen Filho, Mazza, Mello, Meirelles, Oliveira, Santos, Souza, dentre outros, embasaram teoricamente este estudo. Quanto à metodologia, trata-se de uma pesquisa de natureza teórica, com tratamento qualitativo dos dados. Quanto à categorização, a pesquisa é exploratória, com finalidade descritiva, realizada por meio de pesquisa bibliográfica, sendo os dados analisados e interpretados através do método hipotético-dedutivo. Como resultado, apresenta-se esta monografia organizada em dois capítulos. No primeiro capítulo tratar-se-á do processo licitatório, sua evolução histórica, caracterização, finalidade, modalidades e princípios norteadores. No segundo capítulo abordar-se-á as fraudes em licitações públicas, trazendo as fraudes mais corriqueiras, os casos emblemáticos que ocorreram no Brasil e uma breve discussão quanto à responsabilização dos envolvidos em tais delitos. Constatou-se que são inúmeras as possibilidades de ilícitos quando se trata de processos licitatórios, sendo que a fraude, realizada por meio da falta de publicidade e superfaturamento, cobrança de preços superiores aos praticados no mercado, e a desconsideração de certos procedimentos, causa danos ao erário público. Buscando coibir tais práticas a legislação brasileira prevê sanções penais aplicáveis aos envolvidos nestas ações.

Palavras-chave: Licitação – Princípios – Fraude – Responsabilidade.

ABSTRACT

The present study addresses the subject of the bidding process and the frauds practiced: an analysis in the light of the national legislation, delimiting itself to the definition of the types of bidding processes, considering Law n.º 8.666/1993 and the alterations promoted by Law n.º 14.133/2021, the procedures for the qualification and participation of companies, in addition to addressing possible continuous irregularities, the technical capacity, the social function of companies and their guarantees for the sustainability of public management. From the theme presented, the guiding problem question is: how is it possible to hold accountable companies that commit fraud in bidding processes and administrative contracts? The general objective is to study the legislation aimed at bidding, with emphasis on the changes promoted by Law n.º 14.133/2021. Said Law, among other changes, established that the bidding modality will be defined by the type of object to be bid, including exemption from the obligation to bid, as a way to speed up the purchase or contracting process. However, this condition resulted in the occurrence of numerous irregularities, offending the principles that govern the bidding process, a condition that justifies the present study, since it is pertinent to investigate such crimes, as well as the accountability of those involved. Important authors, such as Amorim, Araújo, Bittencourt, Calasans Jr., Di Pietro, Justen Filho, Mazza, Mello, Meirelles, Oliveira, Santos, Souza, among others, theoretically based this study. As for the methodology, it is a research of a theoretical nature, with qualitative treatment of the data. As for the categorization, the research is exploratory, with a descriptive purpose, carried out through bibliographical research, with the data analyzed and interpreted through the hypothetical-deductive method. As a result, this monograph is organized into two chapters. The first chapter will deal with the bidding process, its historical evolution, characterization, purpose, modalities and guiding principles. In the second chapter, fraud in public tenders will be addressed, bringing the most common frauds, the emblematic cases that occurred in Brazil and a brief discussion regarding the accountability of those involved in such crimes. It was found that there are countless possibilities for illicit acts when it comes to bidding processes, and fraud, carried out through the lack of advertising and overbilling, charging prices higher than those practiced in the market, and the disregard of certain procedures, causes damage to the public purse. Seeking to curb such practices, Brazilian legislation provides for criminal sanctions applicable to those involved in these actions.

Keywords: Bidding – Principles – Fraud – Liability.

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS

§ - Parágrafo

Art. – artigo

CPI - Comissão Parlamentar de Inquérito

CGU - Controladoria-Geral da União

FEMA – Fundação Educacional Machado de Assis

IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

IIA - Instituto dos Auditores Internos

MPE - Ministério Público Estadual

n.º - número

NAGs - Normas de Auditoria Governamental

NLLC - Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

PNCP - Portal Nacional de Contratações Públicas

SP – São Paulo

TCU - Tribunal de Contas da União

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Evolução da legislação voltada à licitação	17
Tabela 2: Responsabilização dos agentes públicos	48

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A EVOLUÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	14
1.1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DO PROCESSO LICITATÓRIO A PARTIR DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA.....	15
1.2 CONCEITUALIZAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO: SUA FINALIDADE E MODALIDADES	19
1.3 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO LICITATÓRIO À LUZ DA LEI 8.666/1993 E DA LEI 14.133/2021	26
2 FRAUDES EM LICITAÇÕES PÚBLICAS: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIZAÇÃO E DE EPISÓDIOS QUE OCORRERAM NO BRASIL	37
2.1 FRAUDES PERPETRADAS NO PROCESSO LICITATÓRIO DE ACORDO COM A LEI 8.666/1993 E A LEI 14.133/2021.....	38
2.2 FRAUDES CORRIQUEIRAS E CASOS EMBLEMÁTICOS NO BRASIL	42
2.3 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS E DAS EMPRESAS CONTRATADAS	46
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

Os processos licitatórios no Brasil estão passando por mudanças que tem como base uma mentalidade voltada para que os procedimentos sejam realizados com maior celeridade e que as contratações tenham efetividade, refletindo diretamente na eficiência das demandas. Para tanto, a legislação que trata desse assunto tem passado por alterações que têm implicado diretamente na agilização e desburocratização das compras e contratações pelo ente público.

É neste contexto que elaborou-se o presente estudo que aborda o processo licitatório e as fraudes praticadas: uma análise à luz da legislação pátria, delimitando-se à definição dos diferentes tipos de processos licitatórios na administração pública, considerando a legislação pertinente, Lei n.º 8.666/1993 e suas alterações com a Lei n.º 14.133/2021, conhecida como a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC), considerando os trâmites para a habilitação e participação das empresas, além de abordar as possíveis irregularidades contínuas, a capacidade técnica, a função social das empresas e suas garantias para a sustentabilidade da gestão pública.

Diante da temática exposta, o presente trabalho objetiva responder ao seguinte questionamento: como é possível responsabilizar as empresas que cometem fraudes nos processos licitatórios e nos contratos administrativos?

O objetivo geral consiste em estudar a legislação destinada à licitação, com ênfase nas mudanças promovidas pela Lei n.º 14.133/2021. Especificamente pesquisou-se as diferentes modalidades dos processos licitatórios e os seus princípios norteadores, bem como os trâmites para a habilitação e participação das empresas em processos licitatórios, a partir da Lei n.º 8.666/1993 e as alterações promovidas pela Lei n.º 14.133/2021. Além disso, analisou-se as principais fraudes que acontecem nos processos licitatórios e nos contratos administrativos, abordando as possibilidades e os limites de responsabilização das empresas envolvidas.

A partir da Lei n.º 14.133 de 2021, fica estabelecido que a modalidade de licitação a ser aplicada pela administração será definida pelo tipo de objeto da licitação, sendo que em determinados casos, a lei prevê a isenção da

obrigatoriedade de licitar, como forma de agilizar o processo de compra ou contratação.

No entanto, tal condição permitiu que inúmeros delitos fossem praticados, ofendendo, entre outros princípios, a moralidade administrativa, a impessoalidade, a ética e a probidade dos agentes públicos, a regularidade, a lisura, a transparência e o caráter competitivo do processo licitatório, bem como a integridade e a higidez do contrato administrativo.

É sob esta ótica que se justifica a escolha do presente tema, pois apesar de os crimes em licitações e contratos administrativos não serem caracterizados como crimes de perigo e sim se configuram como delitos que se consumam com a probabilidade de lesão ao bem jurídico, ainda assim, tais crimes não se esgotam na ofensa ao patrimônio dos entes públicos, pois causam dano aos valores éticos e morais que envolvem a administração pública.

Em termos metodológicos, a presente pesquisa possui natureza teórica, com tratamento qualitativo dos dados. Os objetivos propostos indicam uma pesquisa exploratória, com finalidade descritiva, já que se investigou a possibilidade de responsabilizar as empresas quando identificadas práticas ilícitas nos processos licitatórios. Para isso, foram utilizados estudos através de pesquisa bibliográfica, realizada em publicações físicas e virtuais sobre o tema, o que representa o uso de fontes secundárias da documentação indireta. Também foram utilizadas leis e jurisprudências relacionadas com o tema em estudo.

As técnicas ou procedimentos técnicos podem ser definidos como um conjunto diferenciado de informações as quais são reunidas e acionadas em forma de instrumentos para realizar operações intelectuais ou físicas, sob o comando de uma ou mais bases lógicas de investigação. Os dados foram analisados e interpretados através do método hipotético-dedutivo, de forma a confirmar ou refutar a hipótese levantada. Em se tratando da documentação indireta, o levantamento dos dados deu-se por meio de pesquisa documental em fontes primárias como em arquivos públicos ou particulares, fontes estatísticas, entre outros; pesquisa bibliográfica em fontes secundárias como livros, compilações, artigos científicos, imprensa escrita, meios audiovisuais, entre outros.

Como resultado, apresenta-se esta monografia organizada em dois capítulos. No primeiro capítulo tratar-se-á do processo licitatório, o que inclui sua evolução histórica, caracterização, finalidade, modalidades e princípios norteadores. No

segundo capítulo abordar-se-á as fraudes em licitações públicas, trazendo as fraudes que ocorrem de maneira mais frequente, os casos emblemáticos no Brasil e uma breve análise relativamente à responsabilização dos envolvidos em tais delitos.

1 A EVOLUÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Este primeiro capítulo tem a intenção de trazer informações gerais sobre o processo licitatório, considerando desde a sua evolução histórica, passando pela sua conceituação, finalidade e suas modalidades, para então adentrar nos princípios que o norteiam. Para tanto, recorreu-se a importantes doutrinadores, como Amorim, Bittencourt, Calasans Jr., Di Pietro, Justen Filho, Mazza, Oliveira, Souza, dentre outros; bem como na legislação pátria que trata do tema.

O processo licitatório não é uma novidade do mundo moderno, pelo contrário, trata-se de um procedimento presente desde os tempos mais distantes da História da Humanidade. No entanto, com o passar do tempo, foi sendo ajustada e normatizada de acordo com as necessidades e dificuldades identificadas.

O termo “licitação”, conforme clarifica Victor Aguiar Jardim de Amorim, deriva “da expressão latina *licitatione* (“arrematar em leilão”), apresenta diversos sinônimos, destacando-se: “procedimento licitatório”, “certame”, “prélio”, “disputa”, entre outros.” (AMORIM, 2017, p. 21). Denota-se que todos seus significados, “estão atrelados à ideia de oferecimento de lances numa disputa.” (BITTENCOURT, 2014, p. 24).

De acordo com Elmir Netto de Araújo o assunto “licitação” por um longo tempo, no Brasil, foi relacionado ao Direito Financeiro. No entanto o doutrinador declara que “licitação nunca foi matéria de Direito Financeiro, pois em si e por si não gera despesa ou receita.” (ARAÚJO, 2018, p. 577). E segue explicando que a doutrina moderna reconhece a licitação como sendo matéria do Direito Administrativo, e cita como exemplo a definição de licitação dada por José Cretella Jr.:

Procedimento administrativo preliminar, mediante o qual a Administração, baseada em critério prévio, seleciona, entre várias propostas, referentes a compras, obras ou serviços, a que melhor atenda o interesse público a fim de celebrar con-trato com o responsável pela proposta mais vantajosa. (ARAÚJO, 2018, p. 578).

E também a definição apresentada por Hely Lopes Meirelles, segundo a qual, trata-se de um procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública escolhe aquela que se mostra como a proposta mais benéfica para o contrato de serviços ou compra de produtos (MEIRELLES, 2000 *apud* ARAÚJO,

2018).

Por meio da licitação se garante oportunidades iguais a todos os interessados, atuando como fator de eficiência e ética nas transações administrativas do Estado. Nesse ínterim, far-se-á, no próximo tópico, uma breve análise histórica acerca do processo licitatório, à luz da legislação brasileira.

1.1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DO PROCESSO LICITATÓRIO A PARTIR DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

O processo licitatório passou a ser disciplinado de forma mais formal a partir do século XX, no entanto, conforme destaca Elmir Netto de Araújo, esta é uma prática presente desde a Antiguidade romana, quando era utilizada “para disciplinar a alienação de despojos de guerra [...] e realização de obras públicas [...].” (ARAÚJO, 2018, p. 575). Como informam Hely Lopes Meirelles e José Emmanuel Burle Filho, procedimentos semelhantes ao processo licitatório que se conhece atualmente são identificados desde a Idade Média:

Nos Estados medievais da Europa usou-se o sistema denominado "vela e pregão", que consistia em apregoar-se a obra desejada e, enquanto ardia uma vela, os construtores interessados faziam suas ofertas. Quando se extinguia a chama, adjudicava-se a obra a quem houvesse oferecido o melhor preço. (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 310).

Araújo informa que nas Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil e em Portugal até o século XIX, já eram encontradas normas voltadas as licitações, apesar de ainda não ser utilizado esse termo (ARAÚJO, 2018). No Título LXVI, item, 39 daquela legislação estava expresso:

E não se fará obra alguma, sem primeiro andar em pregão, para se dar de empreitada a quem houver de fazer melhor e por menos preço; porém as que não passa-rem de mil réis, se poderão mandar fazer por jornais, e umas e outras se lançarão em livro, em que se declare a forma de cada uma, lugar em que se há de fazer, preço e condições do contrato. (ALMEIDA, 1957, p. 354 *apud* ARAÚJO, 2018, p. 575).

Ao longo da evolução da humanidade, esses processos também foram sendo aperfeiçoados, até alcançarem os moldes aplicados hoje em dia, que determinam princípios a serem seguidos, “cujo descumprimento descaracteriza o instituto e invalida seu resultado seletivo.” (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 310).

Historicamente, no ordenamento jurídico brasileiro, se observa a presença desse tipo de procedimento desde a Constituição do Império (1824), que atribuía “às Câmaras municipais o governo econômico e administrativo das cidades e vilas.” (ARAÚJO, 2018, p. 575). Já em 29 de agosto 1828, uma lei determinava o oferecimento de obras aos empresários por vias de editais (BITTENCOURT, 2014). E em, 1º de outubro de 1828, “foram disciplinadas as vendas, aforamentos, permutas, obras e serviços de interesse do Conselho, obrigando à demonstração das vantagens da operação para o Poder Público.” (ARAÚJO, 2018, p. 575).

Ainda neste sentido, Wadih Brazão comenta que já no Brasil Império, em meados de 1828, eram adotadas práticas de afixação de editais, sendo que os interessados iam até tais locais e lá ofertavam lances de menor preço. Esse sistema foi sendo aprimorado, surgindo o Decreto n.º 2.926, em 1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, e, em 1909 a Lei n.º 2.221, que fixava os gastos públicos para 1910 (BRAZÃO, 2014). Nesse contexto, Calasans Junior comenta que:

O primeiro diploma legal, editado no Brasil, em que se estabeleceu a obrigação de se realizar um procedimento de caráter licitatório foi o Decreto n.º 2.926, de 14 de maio de 1862, expedido pelo Ministro Manoel Felizardo de Souza e Mello, com a rubrica de Sua Magestade o Imperador Pedro II. (CALASANS JUNIOR, 2021, p. 46).

Posteriormente, em 1922, já no regime republicado, foi editado o Decreto n.º 4.536, o qual aprovava o Código de Contabilidade Pública da União, e mais do que isso, estabelecia “[...] as primeiras regras sobre a licitação como procedimento prévio originador das despesas da Administração Federal.” (CALASANS JUNIOR, 2021, p. 46-47). Araújo esclarece que:

A primeira tentativa de unificação das normas licitatórias, ao menos na área federal, ocorreu com o Código de Contabilidade da União (Lei n. 4.536, de 28-1-1922, arts. 49/51, e Dec. n. 15.783, de 8-11-1922, arts. 244/245 e 738/802), que vigorou muito tempo. (ARAÚJO, 2018, p. 575).

Com o passar do tempo, esse Decreto sofreu inúmeras mudanças, até que foi completamente revogado em 23 de dezembro de 1986, pelo Decreto n.º 2.312. à vista disso e com base na síntese da evolução histórica da licitação na legislação brasileira apresentada por Sidney Bittencourt, elaborou-se a Tabela 1, para melhor organização e visualização.

Tabela 1: Evolução da legislação voltada à licitação

Lei/data	Descrição
Lei de 29 de agosto de 1828	estipulava o oferecimento de obras aos empresários por vias de editais
Lei nº 2.221, de 1909	insere no ordenamento os princípios da Administração Pública que vigoram até hoje, e consequentemente da contratação
Código de Contabilidade Pública da União de 1922	baixado na forma do Decreto Legislativo nº 4.536 e regulamentado pelo Decreto nº 15.783/22
Decreto nº 41.019/1957 (Código das Águas)	menciona a Concorrência Pública
Lei nº 4.401/1964	estabeleceu normas para a licitação de serviços e obras e aquisição de materiais no Serviço Público da União, criando as modalidades concorrência pública e concorrência administrativa, bem como as dispensas licitatórias
EC nº 15 à Carta de 46/1965	o instituto da Concorrência Pública ganha status constitucional
Lei nº 4.717/1965	tratando do instituto da Concorrência Pública
Decreto-Lei nº 200/1967	trata de forma pouco abrangente o assunto, trazendo pela primeira vez o termo licitação como gênero de procedimento administrativo prévio, tendo como espécies (modalidades): a concorrência, a tomada de preços, o convite e o leilão. Além das Licitações Públicas, também já trata dos contratos administrativos
Decreto-Lei nº 2.300/1986	reestrutura o procedimento licitatório e adentra na normatização dos contratos administrativos
Lei nº 8.666/1993	Estatuto das Licitações e Contratos
Medida Provisória (MP nº 2.026/2000)	pregão como modalidade licitatória
Lei nº 10.520/2002	institui definitivamente a modalidade de licitação pregão (conversão da MP nº 2.182-18)
Lei Complementar nº 123/2006	estabelece o novo Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, determinando, nos arts. 42 a 49, tratamento diferenciado para essas empresas nas licitações públicas
Lei nº 11.488/2008	incluiu as cooperativas no elenco de beneficiários de tratamento diferenciado
Lei nº 12.232/2010	dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela Administração de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda
Lei nº 12.462/2011	instituiu o regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)
Lei nº 12.690/2012	estabelece que as cooperativas de trabalho não poderão ser impedidas de participar de procedimentos de licitação pública
Decreto nº 10.024/2019	regulou o Pregão Eletrônico
Lei nº 14.133/2021	estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Fonte: adaptado de Bittencourt (2014, p. 25-26).

Observando o resumo apresentado por Bittencourt, evidenciam-se as inúmeras alterações que as normas que definem o processo licitatório sofreram com a intenção de tornar essa atividade cada vez mais transparente e adequada à um modelo de administração pública que não tolera favoritismos que implicam no privilégio de ganhos para alguns.

Araújo destaca que, em 30 de junho de 2016, foi promulgada a Lei federal n.º 13.303, “[...] de caráter nacional, para disciplinar, em seus arts. 28 a 84, para todas as unidades federativas, um regime completo de licitações e contratos para empresas públicas e sociedades de economia mista e subsidiárias, diversa da Lei n.º 8.666/93.” (ARAÚJO, 2018, p. 576).

Cabe informar que bem mais recentemente, tem-se o Decreto n.º 10.124 de 20 de setembro de 2019, que regulamentou a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal (BRASIL, 2019).

Já em 2020, foi promulgada a Lei n.º 13.979, que alterou alguns aspectos da Lei n.º 8.666 de 1993, vigente até então. A Lei de 2020 teve como fator motivador a situação emergencial causada pela pandemia da COVID-19 que se abateu sobre todo o planeta e, em se tratando do Brasil, resultou no colapso do sistema de saúde brasileiro, demandando a tomada de decisões rápidas e desburocratizadas que garantissem tanto compras quanto contratações de insumos, equipamentos e mão de obra, relacionados ao combate da pandemia (BRASIL, 2020).

A Lei n.º 13.979/2020, com redação atualizada pela Lei Federal n.º 14.035/2020, em função de estar vinculada ao Decreto Legislativo n.º 6/2020, que reconheceu o estado de calamidade pública no Brasil, quando este Decreto foi revogado, a Lei n.º 14.035/2020 também perdeu sua validade.

Em 2021 foi sancionada a Lei n.º 14.133 com a finalidade de regulamentar o preceito do inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal de 1988, que fixa a competência privativa da União para legislar sobre

[...] normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e 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. (BRASIL, 1988, n.p.).

Essa Lei tem como origem o Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013, o qual foi resultado dos trabalhos realizados pela Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, constituída em 2013, com a intenção de atualizar e modernizar a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. O principal foco do Projeto de Lei n.º 559/2013 era remover os excessivos formalismos, conferindo maior

celeridade aos procedimentos, apresentando importantes inovações voltadas à melhora e maior eficácia dos processos licitatórios (CALASANS JUNIOR, 2021).

Buscando indicar a abrangência da Lei n.º 14.133/2021, Calasans Junior explica que esta possui natureza de lei nacional, o que representa ser superior à lei federal. E o autor segue esclarecendo que:

Enquanto a lei federal vincula, apenas, a União e suas entidades da administração indireta (autarquias e fundações), a lei nacional alcança e submete a seus ditames todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Município), nas esferas de poder que os compõem (Legislativo, Executivo e Judiciário). (CALASANS JUNIOR, 2021, p. 73).

Assim, enquanto lei nacional, as normas gerais contidas na Lei n.º 14.133/2021 vinculam os Estados, e o Distrito Federal; assim como, os Municípios e as respectivas entidades de administração indireta, como autarquias e fundações (CALASANS JUNIOR, 2021).

A Lei n.º 14.133 de 2021 trouxe diversas inovações, seja na criação de novas modalidades de contratação, seja na tipificação de crimes relacionados às licitações, os quais têm aplicação imediata, ou ainda, ao disciplinar itens do assunto em relação às três esferas de governo: União, Estados e Municípios. Porém, a grande novidade foi relacionada com os procedimentos eletrônicos e instrumentos digitais para a licitação, dos quais cabe mencionar, o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e a Licitação em meio eletrônico (BRASIL, 2021).

Após esta breve apresentação da evolução da licitação no Brasil, no próximo item deste capítulo, tratar-se-á da conceituação de licitação, a partir de doutrinadores e da própria legislação, assim como, esclarecimentos quanto à sua finalidade, para então tratar das modalidades do processo licitatório.

1.2 CONCEITUALIZAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO: SUA FINALIDADE E MODALIDADES

Considerando a acepção etimológica, com base no Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, licitar significa “oferecer lanço sobre”. (1986, p. 1029 *apud* CALASANS JUNIOR, 2021, p. 38). O autor utiliza-se também do Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, o qual determina que a licitação refere-se ao “Ato de fazer lanços em um leilão.” (NÁUFEL, 1929, p. 672 *apud* CALASANS JUNIOR, 2021, p. 38). Com

base nestas definições, Calasans Junior expressa que “[...] a licitação envolve uma ação de quem pretende adquirir alguma coisa, pela qual oferta um certo preço, tal como ocorre em um leilão.” (2021, p. 38).

Ronny Charles Lopes de Torres explica que a licitação é o procedimento por meio do qual a Administração pública realiza a seleção prévia daquilo que precisa adquirir ou contratar. Esse procedimento envolve uma série de critérios previamente estabelecidos, isonômicos, abertos ao público e fomentadores da competitividade, busca escolher a melhor alternativa para a celebração de um contrato (TORRES, 2020).

De acordo com Fátima Regina de Souza “A licitação é um procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse.” (SOUZA, 1997, p. 14). E a autora segue explicando que enquanto procedimento, a licitação é composta por determinados atos, que devem ser executados tanto pela Administração quanto pelos licitantes, sendo este rol de etapas e exigências é que garante a eficiência e moralidade nos negócios administrativos (SOUZA, 1997).

Em sentido semelhante, Maria Sylvia Zanella Di Pietro expressa que: “A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual.” (DI PIETRO, 2020, p. 766). E Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua licitação como sendo:

[...] procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados. (MELLO, 2015, p. 538).

Este conceito é reconhecido por Amorim como sendo adequado, já que abrange integralmente os tipos de compromissos prováveis de serem realizados pela Administração e formalizados por meio de contrato administrativo (AMORIM, 2017).

O dever de licitar e a determinação de a quem cabe determinar as regras desse processo, estão expressos no inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal de 1988, o qual define que compete de modo privativo, à União, legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, isso para

a Administração Pública Direta, autárquica e fundacional da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecendo o disposto no art. 37, XXI; sendo que, para as empresas públicas e sociedades de economia mista, deve ser seguido o que expressa o inciso III do § 1º de seu artigo 173 (BRASIL, 1988).

Ainda sobre a competência para licitar, Torres destaca que “cabe observar que a competência privativa para legislar da União se restringe às normas gerais. Por conta disso, os demais entes federativos podem legislar sobre normas específicas em licitações e contratação.” (TORRES, 2020, p. 277).

Rafael Carvalho Rezende Oliveira salienta que a obrigatoriedade de utilizar o processo licitatório como meio para formalizar a delegação de concessão de serviço público está diretamente relacionada com a natureza contratual do ajuste, especificada no art. 37, XXI, da CF, além de se tratar de uma exigência determinada pelo art. 175 da CF que determina que a licitação será o procedimento “sempre” utilizado para as concessões e permissões de serviços públicos (OLIVEIRA, 2020).

Alexandre Mazza reforça a condição de que a “[...] licitação é um procedimento obrigatório que antecede a celebração de contratos pela Administração Pública.” (MAZZA, 2018, p. 537). E segue explicando que a necessidade da exigência de sua realização está na condição de que não cabe ao Poder Público escolher livremente um fornecedor, tal qual fazem as empresas privadas. Isso porque, aspectos como

[...] isonomia, impessoalidade, moralidade e indisponibilidade do interesse público, que informam a atuação da Administração, obrigam à realização de um processo público para seleção imparcial da melhor proposta, garantindo iguais condições a todos que queiram concorrer para a celebração do contrato. (MAZZA, 2018, p. 537).

Nesse contexto, Oliveira, ao apresentar um conceito para licitação, remete a questão do objetivo deste processo estar relacionado com a igualdade entre os participantes, expressando que licitação é o processo administrativo empregado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei, com o intuito de assegurar a isonomia, eleger a melhor proposta e dar impulso ao desenvolvimento nacional sustentável, por meio de critérios objetivos e impessoais, para celebração de contratos (OLIVEIRA, 2020).

Com relação à finalidade da licitação, o art. 3º da Lei n.º 8.666/1993, determina duas funções fundamentais, ao expressar que ela destina-se:

[...] a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, 1993).

Além dessas atribuições, Mazza apresenta mais uma função para a licitação, que foi apresentada pela Lei n.º 12.349, de 15 de dezembro de 2010, que alterou o art. 3º da Lei n.º 8.666/1993; e inseriu a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, como objetivo a ser alcançado por meio da licitação (MAZZA, 2018).

Neste sentido, Caroline Rodrigues da Silva explica que as compras públicas sustentáveis foram erigidas a status legal pela Lei 12.349/2010, que agregou um novo objetivo às licitações, pois, além da isonomia e da proposta mais vantajosa, as contratações públicas tem o dever de buscar garantir o desenvolvimento nacional sustentável (SILVA, 2021).

Esta função foi reafirmada com a Lei n.º 14.133/2021, que em seu art. 5º define o desenvolvimento nacional sustentável junto aos demais princípios que norteiam o processo licitatório. Sobre a inserção desta finalidade para a licitação, José Calasans Junior explica que com isso, “a licitação passa a ser orientada a selecionar a proposta mais vantajosa inclusive sob o prisma do desenvolvimento nacional sustentável.” (CALASANS JUNIOR, 2021, p. 96).

Di Pietro salienta que isso deu “[...] margem à aceitação da chamada licitação sustentável, que autoriza a previsão, no instrumento convocatório, de exigências que favoreçam a proteção do meio ambiente, em harmonia com o desenvolvimento social e econômico.” (DI PIETRO, 2020, p. 776).

No âmbito da Administração Pública Federal, critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações foram estabelecidos pelo Decreto n.º 7.746/2012, que assim determina:

- I – menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;
- II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;
- III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;
- IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;
- V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;
- VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e
- VII – origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos

bens, serviços e obras (BRASIL, 2012).

Amorim destaca que o menor preço continua sendo o critério de julgamento no processo licitatório, assim “[...] desde que as decisões sejam devidamente motivadas com a definição adequada pertinente, não há óbice quanto à legalidade das ‘licitações verdes’.” (AMORIM, 2017, p. 24).

Salientando a necessidade de que seja garantida a razoabilidade de tal exigência, e se não implica em indevida competitividade, de forma que “[...] é pertinente que a Administração, quando da elaboração do Termo de Referência/Projeto Básico, avalie se é situação predominante no mercado a existência de certificação ambiental das empresas produtoras.” (AMORIM, 2017, p. 24).

Em se tratando das modalidades do processo licitatório, o art. 22 da Lei n.º 8.666/1993 traz cinco modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão; sendo que nos cinco primeiros parágrafos deste dispositivo, estão expressas as definições de cada uma dessas modalidades (BRASIL, 1993).

As três primeiras modalidades são consideradas como comuns e as duas últimas como especiais, as quais, de acordo com Marçal Justen Filho são destinadas a fins específicos, e segue esclarecendo que:

Não há cabimento de sua utilização para outros tipos de contratação administrativa senão àquelas para as quais são especificamente destinadas. [...] Nas duas modalidades especiais (concurso e leilão), os procedimentos licitatórios são estruturados segundo as peculiaridades da futura contratação. Por isso, as formalidades previstas em lei são diversas daquelas comuns às contratações usuais. Nem se faculta ao agente administrativo impor exigências ou prever requisitos que escapem aos contornos legais. (JUSTEN FILHO, 2019, p. 425).

A modalidade concorrência está definida no §1º do art. 22 da Lei n.º 8.666/1993, que expressa ser esta “[...] modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.” (BRASIL, 1993, n.p.).

Conforme o § 2º, do artigo 22, da Lei n.º 8.666/1993 a modalidade tomada de preços, consiste em uma: “[...] licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária

qualificação.” (BRASIL, 1993).

É requisito para esta modalidade, de acordo com o artigo 23, os limites dos valores estimados da contratação, quando o objeto da licitação for obras e serviços de engenharia, o valor é de até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), tratando de compras e demais serviços o valor é de até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) (BRASIL, 1993).

Já convite é a modalidade de licitação mais simples, destinada às contratações de pequeno valor, sendo conceituada da seguinte forma:

§3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas. (BRASIL, 1993).

Assim como ocorre no caso da tomada de preços, o artigo 23 da Lei n.º 8.666/1993 estabelece requisitos para o convite, ao definir que esta modalidade destina-se àquelas obras e serviços de engenharia, cujo valor é de no máximo R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e para compras e demais serviços o valor é de no máximo R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) (BRASIL, 1993).

A modalidade de licitação concurso é aquela prevista no § 4º do artigo 22, destinada a escolha de: “[...] trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.” (BRASIL, 1993, n.p.).

Previsto no art. 22, § 5.º, da Lei n.º 8.666/1993, o leilão pode ser definido como a modalidade de licitação:

[...] entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis previstas no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. (BRASIL, 1993).

De acordo com o artigo 32 da Lei n.º 8.666/1993 é dispensada a apresentação de documentação relativa à habilitação, no leilão, de forma que, não há fase de habilitação nessa modalidade de licitação (BRASIL, 1993).

Além dessas cinco modalidades comentadas, em 04 de maio de 2020, a Medida Provisória n.º 2.026, criou uma nova modalidade de licitação, o pregão, para uso exclusivo da União, situação que foi modificada em 17 de julho de 2002, com a Lei n.º 10.520 que ampliou a utilização do pregão aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Mesmo o pregão estando disciplinado pela Lei n.º 10.520, à ele devem ser aplicados subsidiariamente as normas da Lei n.º 8.666/93, conforme disposto no artigo 9º (DI PIETRO, 2020).

Di Pietro define o pregão como sendo “[...] a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.” (DI PIETRO, 2020, p. 836). Sobre o pregão, Justen Filho esclarece que:

As características diferenciais do pregão consistem em sua aplicação apenas para a contratação de bens e serviços comuns, a inversão das fases de competição e de habilitação e a dissociação da fase competitiva em uma primeira etapa de formulação de propostas, a que se seguem lances sucessivos. (JUSTEN FILHO, 2019, p. 438).

A Lei n.º 10.520/2002 estabelece duas fases¹ distintas para o pregão, a primeira é a chamada fase preparatória e possui previsão no artigo 3º. Essa fase consiste em definir o objeto a ser licitado, justificar a necessidade de contratação e demais elementos necessários, consiste ainda em definir o pregoeiro e sua equipe de apoio, que deverá ser composta majoritariamente por ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração. Já a fase externa do pregão está prevista no artigo 4º e consiste em todo o procedimento desde a convocação dos interessados. Esta fase possui uma significativa diferença das demais modalidades, a inversão das etapas (BRASIL, 2002).

O pregão é cabível para aquisição de bens e serviços comuns, conforme expresso no artigo 1º, parágrafo único, da Lei n.º 10.520/2002. Sendo que o art. 2º dessa Lei prevê duas modalidades de pregão: o convencional (presencial) e o

¹ Em se tratando das fases do processo licitatório, esse se divide em: fase interna e fase externa. A fase interna compreende o procedimento realizado pela Administração internamente, desde a decisão pela realização da licitação, definição do seu objeto até a publicação do instrumento convocatório. Uma vez publicado o instrumento convocatório inicia-se a fase externa. A fase externa é o procedimento propriamente dito, nessa fase as etapas são perfeitamente definidas e dividem-se em: audiência pública, ato convocatório, habilitação dos licitantes, julgamento das propostas, critério de desempate, homologação e adjudicação, anulação e revogação da licitação (MEIRELLES, 2010).

eletrônico (BRASIL, 2002).

O Decreto n.º 5.504/2005 estabeleceu a obrigatoriedade de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios público (BRASIL, 2005).

Além disso, esse Decreto também trouxe o devido regulamento para o pregão eletrônico realizado via internet, para as compras e contratações de bens e serviços, representando um importante marco no que se refere aa aquisição de bens e contratações do governo, já que agilizou o processo de compras, tornando-o ainda mais transparente e fomentando a participação de um maior número de fornecedores.

Em função de ocorrer de forma virtual, já que o pregão eletrônico faz uso dos recursos propiciados pela internet, esta modalidade de licitação apresenta características diferentes das demais. Neste sentido, Amorim relata que:

No pregão eletrônico, os interessados não comparecem a um local determinado, portando envelopes, materialmente existentes. Assim, não há abertura de envelopes para exame de propostas, nem existe sucessão de lances mediante a palavra oral dos interessados. (AMORIM, 2017, p. 135).

Depois de conceituar, definir e apresentar as modalidades do processo licitatório, no próximo item deste capítulo são abordados os princípios que norteiam a licitação.

1.3 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO LICITATÓRIO À LUZ DA LEI 8.666/1993 E DA LEI 14.133/2021

Ao se abordar o assunto princípios, entende-se necessário apresentar algumas considerações sobre o que de fato eles representam no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, Calasans Junior explica que

[...] os princípios são espécie de normas que não precisam estar inscritas no ordenamento positivo, mas que devem orientar a aplicação das regras desse ordenamento. E porque servem de lastro para a aplicação das normas expressas (concretas), os princípios devem ser aplicados mediante juízo de ponderação, o que significa dizer que, diferentemente das regras escritas, os princípios não são autoexcludentes [...]. (CALASANS JUNIOR,

2021, p. 56).

Sobre princípios, Bittencourt destaca que estes devem receber um destaque especial, já que dão ênfase a parâmetros éticos e morais, estabelecendo os objetivos da norma. O autor recorre a Livia Maria Zago que entende que “[...] além de se constituírem num rumo seguro e na própria bússola de interpretação do Direito, os princípios possuem também o mote de suprir as lacunas e as imperfeições da Lei.” (ZAGO, 1998, p. 2 *apud* BITTENCOURT, 2014, p. 52).

De acordo com o exposto no art. 37 da Constituição Federal de 1988, na Seção I do Capítulo VII do Título III, que trata da “Organização do Estado”: “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 [...]”. (BRASIL, 1988, n.p.).

Apesar do artigo não citar verbalmente o processo licitatório como sendo um dos procedimentos que deva obedecer tais princípios, ainda assim o entendimento é de que, como este é uma ação específica e obrigatória da administração pública, está sujeito a tais princípios constitucionais. Neste sentido:

[...] a Licitação é um procedimento administrativo, tornado obrigatório para a contratação de obras, serviços, compras e alienações do interesse de órgãos integrantes de qualquer dos Poderes da República. Portanto, deve observar, necessariamente, os princípios que a Constituição indica. (CALASANS JUNIOR, 2021, p.54).

A legislação infraconstitucional determina que sejam atendidos os princípios da isonomia e da competitividade (MAZZA, 2018). Essa declaração está expressa no art. 3º da Lei n.º 8.666/1993, que traz: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração”. (BRASIL, 1993, n.p.).

Além desses dois princípios constitucionais, Mazza acrescenta o princípio da vinculação ao instrumento convocatório; princípio do julgamento objetivo; princípio da indistinção; princípio da inalterabilidade do edital; princípio do sigilo das propostas; princípio da vedação à oferta de vantagens; princípio da obrigatoriedade; princípio do formalismo procedimental; e princípio da adjudicação compulsória, como sendo indispensáveis para garantir a devida celeridade e transparência no processo

licitatório, salientando que, em função da “[...] natureza de procedimento administrativo, a licitação está submetida, além dos mencionados [...], à incidência de todos os princípios gerais do Direito Administrativo.” (MAZZA, 2018, p. 549).

Para não deixar dúvidas quanto aos princípios que norteiam os processos licitatórios, a Lei n.º 8.666/1993, em seu art. 3, determina que as licitações serão processadas e julgadas na conformidade dos seguintes princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (BRASIL, 1993). Além disso, o Capítulo II do Título I “Disposições Preliminares”, da Lei n.º 14.133/2021, ampliou esta lista indicando:

Art. 5º. Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (BRASIL, 2021, n.p.).

Como se pode observar a partir da análise do art. 5º da Lei n.º 14.133/2021, foram elencados princípios além daqueles previstos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Sendo que cada um destes princípios serão abordados neste estudo, haja vista que é um dos objetivos da presente pesquisa é exatamente estudar os princípios que norteiam os processos licitatórios.

O primeiro princípio a ser estudado neste trabalho é o princípio da isonomia ou igualdade, já que a Lei n.º 14.133/2021 utilizou o termo igualdade ao invés de isonomia, na indicação como um princípio fundamental da licitação. Calasans Junior afirma que “igualdade (ou isonomia) significa a impossibilidade de se estabelecer tratamento diferenciado injustificável entre os interessados na contratação.” (CALASANS JUNIOR, 2021, p. 58).

Conforme Justen Filho, a pertinência da isonomia encontra previsão em vários dispositivos constitucionais, tais como o art. 5.º, caput e o art. 19, III, no entanto, no art. 37, XXI, ela refere-se diretamente às contratações públicas, determinando que estas “[...] serão promovidas de modo a assegurar a igualdade de condições de todos os concorrentes.” (JUSTEN FILHO, 2019, p. 90). E o doutrinador

segue esclarecendo que:

A isonomia significa o tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-as na medida em que exista diferença. Essa fórmula acarreta inúmeras consequências. Mais ainda, não são válidas discriminações ofensivas ao princípio da proporcionalidade — ou seja, somente se admite a discriminação adequada e necessária a obter um resultado compatível com os valores tutelados pela ordem jurídica. (JUSTEN FILHO, 2019, p. 90).

Ainda ressaltando a importância desse princípio, Di Pietro comenta que ele representa um “dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar.” (DI PIETRO, 2020, p. 774).

Oliveira relaciona o princípio da isonomia com os princípios da impessoalidade e da competitividade, indicando que estes possuem profunda ligação, e afirmando que é por motivo destes que “[...] a Administração deve dispensar tratamento igualitário (não discriminatório) aos licitantes, sendo certo que as restrições à participação de interessados no certame acarretam a diminuição da competição.” (OLIVEIRA, 2020, p. 594).

Ou seja, é graças ao princípio da isonomia que se defende a igualdade entre todos que se encontram na mesma situação ao longo do processo licitatório. Além disso, conforme explica Mazza:

O princípio da isonomia impõe que a comissão de licitação dispense tratamento igualitário a todos os concorrentes. Em decorrência do princípio da isonomia, o art. 3º, § 1º, da Lei n.º 8.666/93 proíbe preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. Além disso, é vedado também estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais [...] (MAZZA, 2018, p. 2130-2132).

Em se tratando do princípio da legalidade, Mello assevera que este se encontra no art. 42 da Lei n.º 8.666/1993, que assim expressa:

Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 12 têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a

perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. (BRASIL, 1993, n.p.).

De acordo com Mello, podem alegar tal direito não apenas todos quantos participem da licitação, mas sim, todos quantos queiram dela participar e aos quais seja indevidamente negado acesso, por violação dos princípios e normas que devem presidi-la (MELLO, 2015).

Amorim considera o princípio da legalidade como sendo o estrutural de toda atividade administrativa, inclusive do procedimento licitatório, já que todas as ações públicas precisam ter como base as normas legais vigentes, garantindo com isso, o devido processo legal. No entanto no caso da licitação, esse princípio assume relevância ainda mais expressiva, haja vista que este é um procedimento inteiramente vinculado à lei (AMORIM, 2017).

E neste sentido, Souza expõe que “a obediência da Administração, em relação à lei, há de ser ampla, geral e irrestrita.” (SOUZA, 1997, p. 16). Nesse ponto, importante a colocação de Calasans Junior:

[...] a formalidade do procedimento não deve implicar o apego a formalismos descabidos, que levem a alijar licitantes ou a recusar propostas por simples defeitos não comprometedores da qualificação dos interessados, ou da qualidade de suas ofertas. A forma, na ação administrativa, é importante, sem dúvida, mas não deve prevalecer sobre o conteúdo. (CALASANS JUNIOR, 2021, p. 60).

Para finalizar a abordagem do princípio da legalidade, recorre-se a Mello que sabiamente comenta que pretendeu-se outorgar-lhes a certeza de que ato administrativo algum poderia estabelecer limitação, prejuízo ou ônus aos cidadãos sem que tais cerceios ou restrições estivessem previamente autorizados em lei, e que nenhum ato administrativo poderia diminuir ou minimizar vantagens e benefícios que da lei derivariam para os cidadãos se esta fosse observada (MELLO, 2014).

Outro princípio que rege o processo licitatório é a impessoalidade. Sobre o princípio da impessoalidade, Souza define que “na Administração não há vontade pessoal; há apenas o condicionamento à norma legal. É imperativo que a atividade administrativa atenda ao fim proposto. A finalidade é inafastável do interesse público.” (SOUZA, 1997, p. 16). E Justen Filho complementa

A impessoalidade consiste na vedação a preferências ou aversões da autoridade julgadora relativamente à identidade ou aos atributos pessoais dos participantes no certame licitatório. O resultado do certame não pode

fundar-se em características pessoais dos licitantes, a não ser que tais atributos tenham sido indicados na lei ou no ato convocatório como causa jurídica para um certo resultado. (JUSTEN FILHO, 2019, p. 113).

Segundo Bittencourt, é o princípio da impessoalidade que proíbe “[...] os ‘apadrinhamentos’, aproximando-se, com certeza, do ‘princípio da igualdade’, ao determinar que a licitação deve ser destinada a todos os interessados, sem que ocorra qualquer tipo de favorecimento pessoal”. (BITTENCOURT, 2014, p. 55).

Ademais, o princípio da igualdade é que garante o mesmo tratamento entre os possíveis interessados. Segundo Souza ele “é a espinha dorsal da licitação, é condição indispensável da existência de competição real, efetiva, concreta. Só existe disputa entre iguais; a luta entre desiguais é uma farsa.” (SOUZA, 1997, p. 17).

Meirelles e Burle Filho explicam que a igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, destacando que, “desse princípio decorrem os demais princípios da licitação, pois estes existem para assegurar a igualdade.” (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 316). E os autores ainda informam que:

O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou, vantagem de interesse público. (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 316).

Outro princípio correlato é o da indistinção, também conexo ao princípio da igualdade, segundo o qual é vedado criar preferências ou distinções relativas à naturalidade, à sede ou ao domicílio dos licitantes, ressalvadas atualmente algumas exceções (CARVALHO FILHO, 2019).

De acordo com Calasans Junior, o princípio da competitividade é pressuposto para a viabilidade da licitação, informando que “não se admite – e esse é o que decorre do princípio da competitividade – é que a Administração estabeleça regras para o procedimento que, de alguma forma, restrinjam ou inviabilizem a competição.” (CALASANS JUNIOR, 2021, p. 61).

Bittencourt esclarece que o princípio da publicidade “[...] é condição de eficácia da própria licitação (art. 21) e do contrato (art. 61, parágrafo único), dos direitos dos envolvidos na licitação e do seu amplo controle por parte do povo.” (BITTENCOURT, 2014, p. 55). E Souza esclarece que a “principal meta é garantir a

transparência dos atos da Administração, sem que nada seja oculto ou distorcido.” (SOUZA, 1997, p. 17).

Conforme Calasans Junior, a Lei n.º 14.133/2021 desdobrou o princípio da publicidade criando o princípio da transparência, o qual também deve nortear as ações administrativas, garantindo que “[...] todos os atos e decisões dos agentes públicos devem ser disponibilizados ao público em geral, com os dados, as informações e os elementos indispensáveis à aferição da sua legitimidade, correção e legalidade.” (CALASANS JUNIOR, 2021, p. 62).

Carvalho Filho comenta que paralelo e complementar ao princípio da publicidade e ao da vinculação ao instrumento convocatório, tem-se o princípio da inalterabilidade do edital, o qual vincula a Administração às regras que foram por ela própria divulgadas (CARVALHO FILHO, 2019).

O princípio da motivação representa uma novidade apresentada pela Lei n.º 14.133/2021, e determina que a indicação das razões que levam à escolha, ou exclusão, de determinada proposta constitui requisito de validade do julgamento (CALASANS JUNIOR, 2021). Como elementos motivadores, pode-se considerar o rol expresso no art. 50 da Lei n.º 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração federal, e que define que:

Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V – decidam recursos administrativos;

VI – decorram de reexame de ofício;

VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. [...]

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito. (BRASIL, 1999, n.p.).

Calasans Junior trata ainda dos princípios da eficiência e da eficácia, explicando que, de acordo com o princípio da eficiência, que foi incluído no elenco do art. 37 da Constituição pela Emenda n.º 19, de 1998, tanto as licitações quanto as

contratações públicas devem ter como foco, sempre, promover a otimização do proveito na utilização dos recursos disponíveis, o que está intimamente ligado ao princípio da economicidade. Já o princípio da eficácia, exige que o procedimento licitatório conduza ao resultado pretendido pela Administração, qual seja: a contratação da obra, do serviço ou da compra pela condição mais vantajosa (CALASANS JUNIOR, 2021).

Amorim ressalta que “o princípio da eficiência preconiza a otimização da ação estatal, no sentido de “fazer mais com menos”, ou seja, de conferir excelência nos resultados.” (AMORIM, 2017, p. 34).

O princípio constitucional da probidade administrativa, como bem lembram Meirelles e Burle Filho, “[...] é dever de todo administrador público”, tendo sido incluída aos princípios que norteiam a licitação, com a intenção de advertir às autoridades que a promovem ou a julgam”. (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 321).

Se de um lado a probidade administrativa exige uma determinada postura por parte do administrador público, de outro “o licitador e os licitantes devem observar as pautas de conduta honesta e civilizada, interditando conluíus para afastar disputantes, acordos para aumentos de preços, decisões desleais, etc.” (SOUZA, 1997, p. 18).

Como comenta Bittencourt, ao abordar o princípio da moralidade e da probidade administrativa, que ambos costumam ser confundidos, no entanto, o autor distingue “[...] a probidade pela prática de atos que implicam no prejuízo da Administração, em face da má qualidade gerencial, ao contrário da moralidade, que se situa no campo ético e, em casos extremos, no da honestidade.” (BITTENCOURT, 2014, p. 56). De maneira semelhante, Calasans Junior ensina que:

O princípio da moralidade, intrinsecamente associado ao da probidade, impõe que o procedimento licitatório esteja ajustado aos bons costumes e às regras de ética que devem nortear toda conduta individual e, com maior razão, a atividade dos agentes administrativos. (CALASANS JUNIOR, 2021, p. 61).

Souza enfatiza que no processo licitatório não é suficiente que seja pautado no respeito às normas legais, pois, de acordo com a autora, existem “normas éticas a acatar e reverenciar, sob pena de o administrador ser incompatibilizado para a função pública de que está investido.” (SOUZA, 1997, p. 18).

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, de acordo com o entendimento de Souza (1997), cumpre objetivo triplo. Isso porque, atrela a Administração ao Direito, sujeitando-a ao respeito de seus próprios atos; por outro lado, impede que sejam criadas novas etapas depois de ter sido iniciado o procedimento de critérios de habilitação ou de julgamento destinado a privilegiar licitantes; e por fim, evita surpresas para os licitantes, que podem formular suas propostas sabendo exatamente o que o licitador espera deles. De forma que, fica garantido que “após o início da licitação, a única surpresa para os licitantes deve ser quanto ao conteúdo das propostas de seus concorrentes.” (SOUZA, 1997, p. 18).

De acordo com este princípio, torna-se proibido que o administrador, no curso do procedimento licitatório, “[...] altere as regras do jogo ou realize algum ato contrário ao que foi previamente estabelecido no edital.” (AMORIM, 2017, p. 33).

A vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação, conforme afirmam Meirelles e Burle Filho, que seguem explicando que este representa “[...] a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.” (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 321).

Inclusive, segundo os referidos autores, uma vez “[...] estabelecidas as regras do certame, tomam-se inalteráveis para aquela licitação, durante todo o procedimento.” (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 321). Assim, se acaso, durante a licitação a Administração constatar a sua inviabilidade, o procedimento deve ser invalidado, e então reaberto nos novos moldes. Neste sentido, Calasans Junior afirma que:

Por esse princípio, impõe-se que o certame se desenvolva na estrita observância das regras preestabelecidas, daí por que se costuma dizer que o edital é a lei interna da licitação. Uma vez definidas essas regras, não mais poderão ser alteradas, porque vinculam não apenas a Administração como os próprios licitantes. (CALASANS JUNIOR, 2021, p. 64).

Destarte, é o princípio do julgamento objetivo que determina que toda licitação seja julgada com base em fatores concretos solicitados pela Administração, frente ao que é ofertado pelos proponentes dentro do permitido no edital ou convite. De acordo com Meirelles e Burle Filho, este princípio “Visa a afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração [...]” (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 321).

Calasans Junior destaca que “o princípio do julgamento objetivo determina a

impossibilidade de se definir a contratação à base de meras considerações subjetivas.” (CALASANS JUNIOR, 2021, p. 64). Em função disso, é indispensável que o ato de convocação da licitação seja claro e preciso, indicando sem restar dúvidas, quais serão os fatores a serem avaliados, assim como, o critério que será adotado para o julgamento das propostas (CALASANS JUNIOR, 2021).

Graças a observação do princípio do julgamento objetivo, que se afasta o arbítrio e se veda a discricionariedade na escolha das propostas. Mesmo na “mais simples licitação, a decisão da escolha deve estar respaldada em avaliação objetiva e fundamentada em razões que correspondam ao interesse público.” (CALASANS JUNIOR, 2021, p. 64). E sobre este princípio, Souza destaca que, exatamente:

[...] para garantir a maior objetividade possível no julgamento, a lei elegeu o menor preço como o critério por excelência para classificação das propostas, reservando critérios menos objetivos, como o da melhor técnica ou técnica e preço, para situações especiais. (SOUZA, 1997, p. 19).

O princípio da vedação à oferta de vantagens, conforme Carvalho Filho, correlato ao princípio do julgamento objetivo, determina que as regras de seleção devem ser adstritas aos critérios fixados no edital, de forma que, não é permitido que se admita que intervenham outros fatores, como o de algum licitante ofertar vantagem própria ou baseada na oferta de outro licitante (CARVALHO FILHO, 2019).

Outro importante princípio que norteia o processo licitatório é o sigilo das propostas². Este, segundo Meirelles e Burle Filho “[...] é consectário da igualdade entre os licitantes, pois ficaria em posição vantajosa o proponente que viesse a conhecer a proposta de seu concorrente antes da apresentação da sua. Daí o necessário sigilo [...]” (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 320).

Amorim esclarece que a intenção maior deste princípio é a de “[...] impedir que um licitante tenha prévio conhecimento do teor da proposta dos demais concorrentes e aufera, com isso, posição de vantagem na disputa.” (AMORIM, 2017, p. 33).

² Tanto a publicidade quanto a transparência são princípios básicos do procedimento licitatório, previstos na Lei n.º 8.666/1993, onde o legislador reitera a garantia de acesso de qualquer interessado ao processo. De forma semelhante, o acesso às informações do processo licitatório e dos contratos administrativos está regulamentado pela Lei de Acesso a Informação, Lei 12.527/2011, assegurando a ampla publicidade, por meio da divulgação dos editais e dos contratos em local de fácil acesso. Porém, publicidade e transparência não são absolutos, já que a proposta do licitante, até a sua regular abertura, deve ser sigilosa, como ordena o § 3º de art. 3º da Lei 8.666/1993.

O princípio da obrigatoriedade, inicialmente, consagrado, no art. 37, XXI, da Constituição Federal, determina ser obrigatória a realização do certame para compras, obras, serviços, alienações e locações, ressalvados apenas os casos mencionados na lei (CARVALHO FILHO, 2019).

Para Carvalho Filho, o princípio do formalismo procedimental passa a noção de que as regras do procedimento adotadas para a licitação devem seguir os parâmetros estabelecidos na lei, não sendo lícito aos administradores subvertê-los a seu juízo. Percebeu o legislador que a própria igualdade de tratamento depende da rigidez formal dos mecanismos de competição, razão por que se impõe a observância do devido processo legal (CARVALHO FILHO, 2019).

O princípio do procedimento formal determina “[...] a vinculação da licitação às prescrições legais que a regem em todos os seus atos e fases.” (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 314). Cabe comentar que tais prescrições não decorrem só da lei mas, também, têm como base o regulamento, o caderno de obrigações e até mesmo o próprio edital ou convite, que complementa as normas superiores, tendo em vista a licitação a que se refere, conforme define o art. 42 da Lei n.º 8.666/1993.

Por outro lado, é o princípio da adjudicação compulsória que garante ao vencedor a devida atribuição ao objeto da licitação, impedindo que a Administração o faça a outrem. Trata-se de uma obrigação por parte da Administração, a menos que o vencedor desista expressamente do contrato ou não o firme no prazo prefixado sem justo motivo comprovado. Além disso, “[...] a compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior.” (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 322).

Após esta apresentação dos princípios que regem e norteiam o processo licitatório, no próximo capítulo aborda-se-á a questão da fraude, inicialmente conceituando-a, para em seguida verificar sua incidência nas licitações, e então adentrar na discussão quanto à possibilidade de responsabilização dos fraudadores, sejam eles administradores públicos ou as empresas contratadas.

2 FRAUDES EM LICITAÇÕES PÚBLICAS: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIZAÇÃO E DE EPISÓDIOS QUE OCORRERAM NO BRASIL

No procedimento licitatório, várias são as ilegalidades passíveis de serem cometidas. Algumas delas espelham infrações administrativas, indicando a violação de normas internas da Administração, ao passo que outras, de maior gravidade, configuram-se como crimes, sujeitos às normas do Direito Penal. Várias condutas tipificadas como crimes estão expressas na Lei n. 8.666/1993.

Dentre elas, Mazza destaca: dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais (art. 89); frustrar ou fraudar, mediante conluio, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação (art. 90); impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato licitatório (art. 93); fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias (art. 96); obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais (art. 98); dentre outros (MAZZA, 2018).

Os problemas envolvendo fraudes em processos licitatórios são comuns, frequentes e praticados em todos os níveis federativos. A principal característica da fraude é a vontade consciente de causar dano, por meio de uma vantagem ilegítima ou ilegal. Nos processos licitatórios, as fraudes podem ocorrer de diferentes modos, mas de forma geral, tem a intenção de direcionar a contratação, restringindo a competição. O objetivo dos fraudadores é promover a maximização dos lucros dos envolvidos, e em contrapartida, causando prejuízos à Administração Pública.

Nesse contexto, as práticas fraudulentas podem variar de simples acordos verbais e pontuais entre licitantes ou entre estes e a Administração Pública contratante, celebrados pouco antes das sessões públicas de licitação; até a existência de complexos e duradouros mecanismos de partilha de contratos e distribuição dos lucros obtidos ilicitamente.

Considerando a condição de que a fraude repercute em prejuízo ao processo licitatório, tanto para a Administração Pública, quanto para os demais participantes do processo, é evidente que sua prática deve implicar em responsabilização dos envolvidos, assim como a devida penalização pelo crime cometido.

Uma vez cometida a infração administrativa ou praticado o delito, deve aplicar-se a respectiva sanção aos infratores. A diversidade de zonas em que se

pode cometer infração permite a classificação das punições em sanções administrativas e sanções penais. Nesse aspecto, não é demais sublinhar que a aplicação de uma não afasta a de outra, ou seja, pode o infrator ser punido com ambas as sanções cumulativamente. À vista disso, analisar-se-á, no tópico seguinte, as fraudes praticadas de acordo com a legislação pátria.

2.1 FRAUDES PERPETRADAS NO PROCESSO LICITATÓRIO DE ACORDO COM A LEI 8.666/1993 E A LEI 14.133/2021

A fraude é definida pela Resolução do Conselho Federal de Contabilidade n.º 1.207/2009 como sendo “ato intencional de um ou mais indivíduos da administração, dos responsáveis pela governança, empregados ou terceiros, que envolva dolo para obtenção de vantagem injusta ou ilegal.” (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2009, n.p.).

Franklin Brasil Santos e Kleberson Roberto de Souza apresentam várias definições de fraude, utilizando-se de autores como Donald Fulwider (1999), para quem, fraude representa um tipo de ato ilegal no qual o agente obtém algo de valor mediante uma declaração falsa intencional; e Inaldo Soares (2005), que declara ser “logro, engano, dolo, abuso de confiança, contrabando, manobra enganosa para enganar alguém; obtenção de vantagens de forma ilícita” (SOARES, 2005 *apud* SANTOS; SOUZA, 2016, p. 21).

Em seguida, recorrem ao Instituto dos Auditores Internos (IIA), que conceituam fraude como “quaisquer atos ilegais caracterizados por desonestidade, dissimulação ou quebra de confiança”. (IIA *apud* SANTOS; SOUZA, 2016, p. 21).

Com base nas definições que os autores mencionam, eles destacam que a intenção é um elemento caracterizador da fraude, determinando que esta surge “[...] da vontade consciente em causar dano (SANTOS; SOUZA, 2016, p. 21). Sendo que este desejo se manifesta por meio do planejamento, da organização e da execução de ato ilícito; diferenciando-se do erro exatamente por este aspecto: o erro é involuntário, resultado da ignorância, imperícia ou imprudência (SANTOS; SOUZA, 2016).

Já as Normas de Auditoria Governamental (NAGs), editadas pelo Instituto Rui Barbosa, que congrega os Tribunais de Contas do Brasil, traz a seguinte definição: “FRAUDE: ato voluntário intencional de omissão ou manipulação de transações,

adulteração de documentos, informações, registros e demonstrações. Existe dolo, pois há intenção de causar algum tipo de dano”. (NAGs, 2010, p. 14).

A principal diferença entre fraude e erro está na intencionalidade, ou não, da ação ou omissão, pois, a fraude implica na ação dolosa, diferente de erro, que de acordo com as NAGs representa

[...] ato não voluntário, não intencional, resultante de omissão, desconhecimento, imperícia, imprudência, desatenção ou má interpretação de fatos na elaboração de documentos, registros ou demonstrações. Existe apenas culpa, pois não há intenção de causar dano. (NAGs, 2010, p. 13).

De acordo com Frederico e outros autores, são comuns fraudes como superfaturamento, preços superiores ao de mercado, a frequência da participação das mesmas empresas são facilmente encontradas pelo direcionamento ou dispensa de licitação, devido acordos anteriores com os fornecedores ganhadores (FREDERICO et al., 2015).

A lei n.º 8.666/1993 prevê em seus art. 90, 92, 93, 95, 96 e 97 situações relacionadas com fraudes no processo de compra de produtos e contratação de serviços pelo ente público. No seu art. 90, apresenta a fraude que compromete a competitividade da licitação com intuito de obtenção de vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, determinando:

[...] frustrar ou de fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:
Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (BRASIL, 1993).

Já o seu art. 92 diz respeito à modificação ou vantagem em favor do adjudicatário durante a execução do contrato sem previsão na lei, no edital ou nos instrumentos contratuais. Pagamento de fatura com preterição da ordem cronológica de exigibilidade, expressando que:

Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:
Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.
Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo

comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais. (BRASIL, 1993).

O art. 93 da Lei n.º 8.666/1993, define que fraude no processo licitatório envolve: “Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.” (BRASIL, 1993). E o art. 95 determina pena de “detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida”, para quem afastar ou procurar afastar licitante mediante fraude, violência, grave ameaça ou oferecimento de vantagem (BRASIL, 1993).

O art. 96, por sua vez, refere-se ao delito de:

Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:
I - elevando arbitrariamente os preços;
II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;
III - entregando uma mercadoria por outra;
IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;
V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:
Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (BRASIL, 1993).

E a lei ainda prevê a punição para o caso de admitir ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo, ao determinar no seu art. 97 “Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.” (BRASIL, 1993).

O conteúdo destes artigos mencionados, é resumido por Mello que afirma que determinados comportamentos agressivos ao interesse público perpetrados em relação a contratos administrativos são caracterizados como crime. Na lei estão tipificadas hipóteses de contrato efetuado sem licitação, fora das hipóteses legais permissivas; travamento de contrato como decorrência de fraude, ajuste ou procedimento gravoso à competitividade que teria de presidi-lo; ampliação contratual fora das situações admissíveis; fraude, em prejuízo da Fazenda, como fruto de licitação ou contrato, consistente em elevação arbitrária de preços ou venda, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada ou deteriorada; entrega de uma

mercadoria por outra; adulteração da substância, quantidade ou qualidade da mercadoria devida ou, de qualquer forma, tornar, injustamente, mais oneroso o contrato (MELLO, 2015).

Além disso, a Lei n.º 12.846/2013 apresenta no seu art. 5º, inciso IV e suas alíneas, uma série de ações que caracterizam atos lesivos à administração pública:

IV - no tocante a licitações e contratos:

[...]

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente [...]. (BRASIL, 2013).

Além disso, a Nova Lei de Licitações, aprovada em 1º de abril de 2021, apresentou muitas mudanças nas licitações e contratações, acrescentando ao Estatuto Penal, o Capítulo II-B, DOS CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, onde incluiu novos tipos penais, no art. 337-E a 337-O, aumentando substancialmente as penas dos crimes já previstos. Observando o Código Penal constata-se que houve a inclusão de doze condutas, sendo que algumas foram reproduzidas da antiga lei de licitações, enquanto outras foram acrescentadas (BRASIL, 2021).

Como se pode ver, dentre outras mudanças, a Lei n.º 14.133/2021 inseriu no Código Penal um capítulo específico que aborda os crimes em licitações e contratos administrativos, prevendo, inclusive, penas para quem admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei.

Jeferson Botelho Pereira comenta sobre o crime de contratação direta ilegal, previsto no artigo 337- E do Código Penal, o qual consiste em admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei, tendo prevista pena de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa (PEREIRA, 2021).

Outro crime que passou a ser previsto com essa Lei foi o que está expresso no artigo 337-F do Código Penal, que trata da frustração do caráter competitivo de licitação (BRASIL, 2021). Neste caso, quem pratica tal delito é aquele que venha a 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 com pena de reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa

(PEREIRA, 2021).

Constata-se que um dos objetivos da Lei n.º 14.133/2021, foi exatamente evitar contratações indevidas, que apresentem sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; inclusive prorrogação contratual (BRASIL, 2021).

O art. 337-L, do Código Penal, tipificou o crime de fraude em licitação ou contrato, definindo que esta prática consiste em fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:

- I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;
- II - fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;
- III - entrega de uma mercadoria por outra;
- IV - alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;
- V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato: (BRASIL, 2021).

Sendo este crime reconhecido como uma conduta criminosa grave, que tem previsão de pena cominada de reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Nesse ínterim, analisar-se-á, no tópico seguinte, quais as fraudes mais comuns praticadas no cenário administrativo brasileiro, nos processos licitatórios, a fim de estudar os casos mais emblemáticos que ocorreram no país.

2.2 FRAUDES CORRIQUEIRAS E CASOS EMBLEMÁTICOS NO BRASIL

Com base no exposto na Lei n.º 8.666/1993, Santos e Souza apresentam uma lista contendo aquelas que entendem como sendo as principais categorias de fraudes em licitações: Projeto “Mágico”; Edital Restritivo; Publicidade Precária; Julgamento Negligente, Conivente ou Deficiente; Contratação Direta Indevida; e Cartelização (SANTOS; SOUZA, 2016).

O objetivo máximo da fraude é aumentar o lucro dos envolvidos. Para tanto, diferentes práticas podem ser realizadas, as quais podem ir:

[...] de simples acordos verbais e pontuais entre licitantes ou entre estes e a Administração Pública contratante, celebrados pouco antes das sessões públicas de licitação, até a existência de complexos e duradouros mecanismos de partilha de contratos e distribuição dos lucros obtidos

ilicitamente. É comum a utilização de mais de uma linha de ação fraudulenta e anticompetitiva. (SANTOS; SOUZA, 2016, p. 29).

Não raros são os casos noticiando práticas licitatórias envolvidas em irregularidades, corrupção e fraude; mesmo com a Lei n.º 10.520/2002, prevendo em seu art. 7º, no caso da modalidade pregão, a possibilidade de sanção do licitante que realizar algumas das condutas inadequadas, tais como:

Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não manter a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais. (BRASIL, 2002).

A Lei n.º 13.979/2020, na tentativa de facilitar e agilizar os processos de compras e contratações por ocasião da pandemia da COVID-19, flexibilizou o uso de licitação em determinadas situações que envolviam a pandemia. Sobre esta condição, Bittencourt comenta que esta acabou configurando em um “terreno fértil para os inescrupulosos, não obstante todos os mecanismos previstos no diploma para controle das avenças.” (BITTENCOURT, 2020, p. 3).

Ainda no ano de 2020, o Ministério da Economia publicou a Medida Provisória n.º 951/2020, que alterou a Lei n.º 13.979/2020, e estabelecendo, entre outras ações, a possibilidade de compra conjunta entre órgãos e entidades nas hipóteses de dispensa de licitação, por meio do Sistema de Registro de Preços (SRP). Essa possibilidade, conforme explica Marcus Alcântara:

Deve ser encarada como uma possibilidade, posto que agora é possível realizar o registro de preços com dispensa de licitação. Além disso, pode ser licitado por pregão, contando com as peculiaridades trazidas na Lei 13.979/2020, especialmente quanto ao prazo reduzido, o que ficou conhecido como pregão express. Os registros de preços celebrados conforme a nova legislação terão o status de compra nacional, o que traz maiores benefícios, seja pela participação facilitada de outros órgãos ou entidades, seja pelos limites mais dilatados para adesão. (ALCÂNTARA apud OLIVEIRA, 2020, p. 7).

Apesar das tentativas legislativas de penalizar, punindo os envolvidos em práticas de fraudes e delitos nas licitações e contratações públicas, ainda assim são

inúmeros os casos de irregularidades em processos de licitação. E esses fatos não são exclusividade dos efeitos “desburocratizantes” da Lei n.º 13.979/2020. Na verdade, são casos que têm se acumulado ao longo dos anos.

Por exemplo, o esquema de corrupção, denunciado em 1993, que ocorreu no âmbito da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, composta por parlamentares federais responsáveis por examinar e propor emendas à Lei Orçamentária Anual, e que ficou conhecida como “os anões do orçamento”.

A denominação de “anões” era uma alusão a coincidência de serem os principais envolvidos homens de baixa estatura física, chefiados pelo ex-deputado federal João Alves de Almeida, o qual integrava a Comissão de Orçamento do Congresso Nacional desde o ano de 1972.

De acordo com Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Congresso Nacional, tratava-se de congressistas brasileiros que no final dos anos 1980 e início dos anos 1990 se envolveram em fraudes com recursos do Orçamento da União até serem investigados e descobertos, em 1993, perante uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). Os parlamentares recebiam dinheiro e outros bens em troca de inclusão de dotação orçamentária de interesse de empresas que, em conluio, executavam estratégias para vencer as correspondentes licitações ainda que a oferta fosse acima do preço de mercado (RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO DO CONGRESSO NACIONAL, 1994).

Os “anões do orçamento” também direcionavam subvenções sociais para as entidades que controlavam, voltando os recursos para proveito particular. Em denúncia, um dos assessores do Senado Federal da área de orçamento indicou o envolvimento de 23 parlamentares, quatro ex-ministros, dois ministros e três governadores (RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO DO CONGRESSO NACIONAL, 1994).

Santos e Souza citam a Máfia das Ambulâncias, caso que ganhou notoriedade ao ser deflagrado em 2006 com base em auditoria da Controladoria-Geral da União (CGU), em que a Operação Sanguessuga desarticulou uma quadrilha que fraudava a compra de ambulâncias em todo o país. O esquema, como informam os autores, consistia em fracionar o objeto da licitação em dois Convites: “(1) aquisição do veículo + (2) equipamentos e transformação em ambulância, para fugir da Tomada de Preços. Assim, era possível evitar a publicidade dos certames e

convidar apenas as empresas integrantes do grupo.” (SANTOS; SOUZA, 2016, p. 33).

Ou ainda, o esquema publicado em 23 de novembro de 2009, no jornal O Estado de São Paulo, sob o título “Fornecedora de merenda de SP admite uso de empresas fantasmas”, onde Bruno Tavares e Marcelo Godoy relatam a operação realizada pelo Ministério Público Estadual (MPE) e pela Secretaria Estadual da Fazenda do Estado de São Paulo, identificou irregularidades em empresas fornecedoras de merenda escolar, as quais foram acusadas de terem formado cartel para fraudar licitações (TAVARES; GODOY, 2009).

Dessa forma, denota-se que as fraudes e ilicitudes envolvendo processos licitatórios são muitas, e não se restringem a um governo específico. No entanto, há de se reconhecer que as facilidades dispostas na Lei n.º 13.979/2020, implicaram em uma considerável quantidade de delitos envolvendo compras e contratações na área da saúde, durante o período pandêmico.

O jornal Gazeta do Povo de 01 de junho de 2021, trazia como destaque um amplo rol de irregularidades envolvendo a área da saúde, identificadas pela Polícia Federal, durante 18 meses. Nesta matéria, praticamente todos os estados brasileiros são mencionados com casos de esquemas de corrupção por meio de fraude nos processos de compras e contratações emergenciais para suprir as demandas exigidas pela pandemia (SANTOS, 2021).

No Rio de Janeiro, por exemplo, a Operação Placebo, identificou desvios envolvendo o Instituto de Atenção Básica e Avançada à Saúde, que havia sido contratada para estabelecer hospitais de campanha, e servidores da cúpula da gestão do sistema de saúde do estado. Como resultado dessa operação, o governador Wilson Witzel sofreu impeachment, já que, conforme a Procuradoria Geral da República, ele estava plenamente a par do esquema, comandando contratações, apesar de não ter assinado os documentos (SANTOS, 2021).

A reportagem menciona diversas ações da Polícia Federal, como a Operação Entre Amigos, realizada em Minas Gerais, na cidade de Divinópolis; a Operação Pleunom feita em Santa Catarina; a Operação Sangria que aconteceu no Amazonas; a Operação Desvid-19 em Roraima e; a Operação Virus Infectio no Amapá; sendo que todas tinham características semelhantes: irregularidades nas compras e contratações emergenciais (SANTOS, 2021).

Santos destaca a Operação SOS, que vinha sendo realizada desde 2019, por meio de investigações da Polícia Federal no Pará e interior de São Paulo, de crimes relacionados com licitações, corrupção, formação de quadrilha e lavagem de dinheiro, dentre outros delitos, e que resultou em 64 prisões (SANTOS, 2021).

Como se pode observar, os processos licitatórios vêm sendo alvo de frequentes irregularidades, que resultam no comprometimento da saúde financeira da administração pública. Logo, o entendimento quando se trata desse assunto, é de que os envolvidos nesses delitos sejam responsabilizados e punidos pelo delito praticado. Neste sentido, desenvolve-se o próximo item deste estudo, no qual se discute a possibilidade de responsabilização daqueles que praticam atos considerados como irregulares e indevidos, capazes de afrontar os princípios que regem as licitações.

2.3 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS E DAS EMPRESAS CONTRATADAS

Como visto no item 2.2 deste estudo, inúmeros são os tipos de delitos envolvendo fraudes e irregularidades nos processos licitatórios. Assim, em se tratando das provas de crimes de licitação, seja por fraude ou por frustração ao caráter competitivo, a prova indiciária é extremamente relevante, sendo, inclusive, “suficiente para fundamentar uma responsabilização dos agentes envolvidos.” (SANTOS; SOUZA, 2016, p. 25).

Nesse sentido, o art. 239 do Código de Processo Penal, dispõe: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.” (BRASIL, 1941).

Com isso, cabe aos Órgãos de Defesa do Estado, tais como Polícia Federal, Ministério Público Federal ou Controladoria Geral da União, demonstrar a existência de fraudes em licitações. Como bem informa Mello, está previsto na Lei n.º 8.666/1993, que qualquer pessoa pode:

[...] provocar o Ministério Público para propositura da competente ação penal (art. 101), admitindo-se, se este não a intentar no prazo legal, ação penal privada subsidiária (art. 103). O procedimento da ação penal é extremamente célere e está regulado nos arts. 104 e seguintes. (MELLO, 2015, p. 660).

As provas podem ser diretas, compostas por documentos que comprovam a sua existência material; ou, indiretas, que resultam da interpretação ativa, com base em inferências lógicas, análises econômicas e deduções, feitas sobre determinadas situações que, analisadas em conjunto, indicam e comprovam o ato fraudulento, posto não haver outra explicação plausível para o caso (SANTOS; SOUZA, 2016). E como explicam Santos e Souza:

As provas indiretas podem ser de dois tipos: econômicas ou de comunicação. Os indícios econômicos se caracterizam pela escassez de licitantes no certame; fraca disputa; pequeno desconto em relação ao valor de referência; etc. Por sua vez, as provas indiretas de comunicação são os elementos que indicam a atuação combinada dos concorrentes e devem ser o foco dos órgãos de controle para a comprovação da existência de conluio em licitação. São indícios como: mesma formatação, mesmos erros de ortografia, mesmos preços, mesmas datas, mesmos endereços, mesmos sócios, entre outros. (SANTOS; SOUZA, 2016, p. 25).

Na Lei n.º 8.666/1993, por exemplo, os artigos 89 a 99, definem as punições para infrações de improbidade, deixando bem claro que a moralidade no certame deve ser levada muito a sério, pois no caso de atos fraudulentos a comissão responde concomitantemente por tais imoralidades ou fraudes (BRASIL, 1993).

E Mello comenta com relação às penas que esta lei estabelece, esclarecendo que “são a de detenção, que varia de três meses a seis anos, conforme a figura delituosa, e multa nunca inferior a 2% nem superior a 5% do valor do contrato.” (MELLO, 2015, p. 660).

Além disso, àqueles que praticarem tais ações estarão sujeitos às sanções, que se referem ao impedimento de licitar e contratar e o descredenciamento nos sistemas de cadastro³ de fornecedores pelo prazo de até 5 anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais (AMORIM, 2017). E como bem destaca Amorim, estas sanções surtem efeitos apenas no âmbito interno do ente federativo que a aplicar.

Assim, por exemplo, se for aplicado impedimento pelo IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), a empresa ficará impedida de licitar no âmbito de toda a União, abrangendo

³ A Instrução Normativa CGU n.º 02/2015 passou a relacionar entre as sanções aplicadas a empresas ou profissionais que deverão integrar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS). O CEIS é um banco de dados mantido pela Controladoria Geral da União (CGU) que tem por finalidade consolidar e divulgar a relação de empresas ou profissionais que sofreram sanções que tenham como efeito a restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública (JUSTEN FILHO, 2022).

todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal. (AMORIM, 2017, p. 141).

Com relação a responsabilização nos casos de fraude, ilicitudes, desvios, corrupção nos processos licitatórios, o artigo 51, § 3º, da Lei n.º 8.666/1993 determina que:

Os membros das comissões de licitação respondem solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão. (BRASIL, 1993).

Ocorre que, considerando que as decisões tomadas no âmbito das comissões de licitação são colegiadas, a responsabilidade acaba sendo solidária entre seus membros em função dos danos e ilegalidades que suas decisões tenham causado. No caso de ato viciado, haverá responsabilidade civil, administrativa ou mesmo penal dos membros da comissão de licitação.

Corroborando neste sentido, Santos e Souza explicam que: “Os agentes públicos estão submetidos a três esferas de responsabilidade (civil, penal e administrativa disciplinar), em princípio, autônomas e de competência de instância jurisdicional ou administrativa própria. (SANTOS; SOUZA, 2016, p. 125).” Em se tratando da responsabilização de agentes públicos em casos de fraudes em licitações, partindo do exposto pelo Tribunal de Contas da União (TCU), elaborou-se a Tabela 2.

Tabela 2: Responsabilização dos agentes públicos

Agente	Responsabilidade	Fundamento
Quem elabora projeto básico e/ou termo de referência.	Responsabilidade do profissional que elaborou os documentos (projeto básico, planilhas orçamentárias, termo de referência, especificações, objeto, etc.) e não da CPL.	Quanto às irregularidades [...], entendo ser de difícil constatação da Comissão Permanente de Licitação de eventuais vícios no Projeto Básico que ensejariam sobrepreço, até porque foi confeccionado por responsável legalmente habilitado, havendo, inclusive, respaldado por técnico da unidade concedente dos recursos do Contrato de Repasse. (Acórdão nº 1.533/2011 – Plenário).
Quem elabora pesquisa de preços.	Responsabilidade do profissional que elaborou a pesquisa prévia de preços e não necessariamente da CPL.	Não constitui incumbência obrigatória da CPL, do pregoeiro ou da autoridade superior realizar pesquisas de preços no mercado e em outros entes públicos, sendo essa atribuição, tendo em vista a complexidade dos diversos objetos licitados, dos setores ou das pessoas competentes envolvidos na aquisição do objeto. (Acórdãos nº 960/2010 – Plenário, 37/1998 – Plenário).
Quem elabora o	Responsabilidade pela	Agente público não pode inserir cláusulas que

edital.	inclusão de exigências indevidas no edital.	afetem irregularmente a competitividade do certame. Havendo irregularidades no edital, é fundamental identificar os responsáveis por cada uma das ocorrências apontadas, com vistas à correta responsabilização dos agentes envolvidos. (Acórdão nº 2.561/2004 – 2ª Câmara, Acórdão nº 2.068/2005 – 2ª Câmara).
Quem elabora o Parecer Técnico e Jurídico.	Responsabilidade pela emissão de Parecer com fundamentação absurda, desarrazoada ou claramente insuficiente que tenha servido de fundamentação jurídica para a prática irregular.	Acórdão TCU nº 512/2003 – Plenário
Comissão Permanente de Licitação.	A comissão de licitação tem atribuições delimitadas pela lei, devendo os seus membros responder solidariamente pelos atos irregulares praticados. O membro da comissão estará excluído de responsabilidade se expressa e justificadamente, tomar posição individual divergente da adotada pela comissão de licitação, consoante razões consignadas em ata da reunião em que a aludida decisão foi tomada.	Responsabilidade da CPL por fraude em licitação (Acórdãos nº 519/1999 – 2ª Câmara; nº 447/2001 – 1ª Câmara; nº 57/2003 – Plenário; nº 322/2003 – 1ª Câmara; nº 58/2005 – Plenário). Responsabilização da CPL por negligência no exercício de suas atribuições (não publicação do resumo de edital de licitação no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação; indícios de fraudes nas demonstrações contábeis; previsão editalícia de pagamento antecipado, etc.) - Acórdão nº 1.456/2011 – Plenário.
Pregoeiro e Equipe de Apoio.	Responsabilidade por decidir é apenas do pregoeiro. O pregoeiro coordena os trabalhos da equipe de apoio, mas decide sozinho e responde pelos seus próprios atos. Excepcionalmente, a equipe de apoio pode ser responsabilizada quando se omite diante do conhecimento de atos manifestamente ilegais.	Responsabilidade por inobservância às regras definidas no edital e na legislação pertinente, na condução do pregão, tais como retificação do edital sem reabertura de prazo, aceitação de proposta em desacordo com edital, adjudicação sem respeitar o prazo recursal, etc. (Acórdão nº 399/2003 - Plenário). Responsabilização por negligência no exercício de suas atribuições (não publicação do resumo de edital de licitação no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação; indícios de fraudes nas demonstrações contábeis; revisão editalícia de pagamento antecipado, etc.) - Acórdão nº 1.456/2011 – Plenário.
Quem homologa a licitação.	Dever da autoridade de checar se os atos produzidos por aqueles que se encontram sob sua hierarquia estão em conformidade com a ordem jurídica. A autoridade que homologa a licitação responde nos casos de fraudes, erros e irregularidades na realização do certame.	Acórdão nº 681/2005 – Plenário e Acórdão nº 1618/2011-Plenário.

Fonte: Elaborado com base em Santos e Souza (2016, p. 126-127).

Porém esses autores, com base no TCU, advertem que tal responsabilidade não se limita “[...] somente os agentes públicos, mas outras pessoas também podem ser responsabilizadas pelas Cortes de Contas [...]” (SANTOS; SOUZA, 2016, p. 125). E Carvalho Filho esclarece que:

A busca da verdade real tem conduzido os estudiosos modernos a admitir, no processo administrativo, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica (“disregard of legal entity”), de modo a atribuir-se responsabilidade às pessoas físicas que se valem da pessoa jurídica como escudo para o cometimento de fraudes, desvios e outros ilícitos. Serve como exemplo o caso dos conhecidos “laranjas”, em que os administradores não têm qualquer vínculo com a sociedade e que são indicados pelos verdadeiros donos do negócio. Incide também a mesma teoria nos processos administrativos punitivos, inclusive nos contratos administrativos e licitações, quando perpetradas fraudes pelo contratado ou interessado contra a Administração. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 1363).

Desse modo, o entendimento do TCU consolidado é de que, tal qual os agentes públicos, a pessoa jurídica, envolvida em processo de fraude licitatória, também responde pelos prejuízos causados ao Poder Público. E destaca também, a condição de que uma empresa pode ser responsabilizada exclusivamente por um débito, sem que necessariamente haja a responsabilização solidária de algum agente público, conforme disposto no acórdão TCU n.º 946/2013 – Plenário: “O agente particular que tenha dado causa a dano ao erário está sujeito à jurisdição desta Corte de Contas, independentemente de ter atuado em conjunto com agente da Administração Pública, conforme o art. 71, inciso II, da Constituição Federal.” (BRASIL, 2013).

Santos e Souza informam que uma das penalidades impostas ao licitante fraudador é a declaração de inidoneidade, a qual tem como efeito impedir que tal empresa participe de novas licitações ou que seja contratada pela Administração Pública (SANTOS; SOUZA, 2016).

Mais recentemente, a Lei n.º 14.133/2021, prevê em seu art. 73 que: “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). Sobre esta previsão legal, Calasans Jr. expressa que:

O art. 73 encerra uma regra importante: a advertência da responsabilidade solidária do agente público e do beneficiário da contratação, se dela resultar dano à Administração Pública, quando tiverem agido “com dolo, fraude ou

erro grosseiro". Nesse ponto, a lei explicita o entendimento que se consolidou na jurisprudência dos tribunais, especialmente quando se pretende a responsabilização criminal pela contratação direta. (CALASANS JR., 2021, p. 212).

Justen Filho comenta que é bastante comum nas fraudes licitatórias a conivência, tolerância e até mesmo, participação de agentes administrativos. Em função disso, a Lei impõe a punição de perda de cargo para o servidor público como efeito direto da condenação pelos crimes nela definidos, mesmo que seja na forma, simplesmente tentado. E o autor enfatiza que:

Tal previsão é mais rigorosa do que a disciplina do CP, cujo art. 92, I, previu a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, em casos específicos, desde que a pena aplicada seja igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever funcional, (a) ou superior a quatro anos (b). [...] É evidente que a sanção da perda do cargo é um efeito da sentença penal condenatória transitada em julgado. Mas a regra não exclui a possibilidade de que o sujeito seja absolvido na instância penal e venha a ser punido no âmbito administrativo, desde que por fundamentos distintos, como é evidente. (JUSTEN FILHO, 2019, p. 1460).

Com efeito, o processo de licitação possibilita a incidência de várias ilegalidades. Algumas delas espelham infrações administrativas, indicando a violação de normas internas da Administração, ao passo que outras, de maior gravidade, configuram-se como crimes, sujeitos às normas do Direito Penal. Em ambos os casos será inaceitável a impunidade. Uma vez cometida a infração administrativa ou praticado o delito, deve aplicar-se a respectiva sanção aos infratores.

Importante também comentar que, a conduta penal é autônoma em relação às condutas administrativas. Os crimes contra licitação, portanto, tipificam-se na medida em que se configuram os elementos da norma, não importando o desfecho em si do processo administrativo. Assim, ainda que a licitação seja anulada, subsiste o crime se presentes os elementos que o configuram (CARVALHO FILHO, 2019).

Os diferentes ilícitos praticados nos processos licitatórios apresentam um elemento em comum, o prejuízo ao ente público, implicando com isso, no comprometimento de recursos financeiros que deveriam ser utilizados para promover a qualidade de vida dos cidadãos, por meio de obras, de políticas públicas, enfim, de todo o aparato que circunda a administração pública para garantir serviços e produtos à população.

Considerando os danos que as fraudes causam, se percebe a importância de que os envolvidos sejam responsabilizados, sejam eles agentes públicos ou participantes do processo licitatório, de modo que sejam penalizados adequadamente, conforme a previsão legal, inibindo assim, essa prática.

CONCLUSÃO

A partir das leituras e pesquisas realizadas para o desenvolvimento deste estudo, constatou-se que, com a intenção de apresentar lisura às compras e contratações públicas, o ordenamento jurídico brasileiro determina que estas devem ser realizadas mediante licitação, para a qual existem exceções de dispensa e inexigibilidade, casos em que se realizam os contratos administrativos.

No entanto, apesar dessa preocupação do legislador em garantir a transparência nos processos administrativos, ainda assim se verificam constantes e significativas perdas financeiras decorrentes de atos fraudulentos praticados no setor público, as quais representam um custo total imensurável se for considerado o tempo, a produtividade, a qualidade do serviço, a reputação, dentre outros.

Deste modo, com base no presente estudo, foi possível responder a questão problema que era: como é possível responsabilizar as empresas que cometem fraudes nos processos licitatórios e nos contratos administrativos? Verificou-se que a legislação brasileira prevê a responsabilização e devida punição daqueles que cometem crime, fraudando a licitação.

O objetivo geral de estudar a legislação destinada à licitação, com ênfase nas mudanças promovidas pela Lei n.º 14.133/2021, foi alcançado ao longo da presente monografia. O objetivo específico de pesquisar as diferentes modalidades dos processos licitatórios e os seus princípios norteadores, bem como os trâmites para a habilitação e participação das empresas em processos licitatórios, a partir da Lei n.º 8.666/1993 e as alterações promovidas pela a Lei n.º 14.133/2021 foi obtido no primeiro capítulo.

Verificou-se que o processo licitatório existe em função de que o ente público, diferente do privado, não pode decidir particularmente no momento de comprar ou contratar. Diferente do que ocorre no setor privado e particular, onde as escolhas são feitas com base em diversos aspectos, inclusive norteados pela preferência pessoal do comprador, no setor público a motivação que define a compra ou contratação é a proposta mais benéfica, a partir da garantia de oportunidades iguais a todos os interessados, respeitando os princípios norteadores e, assim, promovendo maior eficiência e ética nas transações administrativas do Estado.

Já o objetivo específico destinado a analisar as principais fraudes que acontecem nos processos licitatórios e nos contratos administrativos, abordando a possibilidade e os limites de responsabilização das empresas envolvidas, foi alcançado no segundo capítulo.

O estudo evidenciou que dentre os inúmeros crimes cometidos contra licitações, as fraudes se destacam, trazendo uma enorme perda ao erário, lesando os direitos da coletividade. A falta de publicidade e superfaturamento, cobrança de preços superiores de mercado, e a inexigibilidade de alguns procedimentos licitatório são alguns dos meios fraudulentos mais utilizados para dissimular licitações. Sendo que, a legislação pátria prevê sanções penais para os envolvidos nestas práticas.

Com isso, foi possível comprovar a hipótese de que a administração pública tem a responsabilidade sobre o exercício de terceiros para o fornecimento de serviços e bens, os quais são firmados por meio de contratos administrativos regidos pela legislação em vigor. Para qualquer contratação, mesmo que por dispensa ou inexigibilidade, não pode ser dispensado a instrução documental da contratação. No caso de dispensa, mesmo assim é realizado um comparativo de preços, por meio de orçamentos de empresas locais ou de outro Município ou Estado, o qual representa uma prova cabível quanto a lisura do processo, pois indica se o preço praticado é justo e compatível com o mercado. Com isso, em caso de fraudes ao longo do processo licitatório, é possível responsabilizar a empresa que realiza esse crime.

O desenvolvimento do presente estudo foi muito importante, afinal, trata-se de assunto que está cotidianamente nos meios de comunicação, o que evidencia sua pertinência não só para o meio acadêmico, como para a sociedade em geral, no sentido de verificar o que de fato ocorre com os responsáveis pelas irregularidades nas licitações.

Cabe destacar, por fim, que esta pesquisa não teve a intenção de exaurir as discussões sobre este tema, sendo que a sua pretensão foi de provocar a disposição e interesse de outros pesquisadores para realizarem investigações futuras relacionadas ao assunto.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes. **Direito Administrativo**. 10. ed. Salvador/BA: JusPodvim, 2020.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação passo a passo: comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93**. 7. ed. rev., ampl. e atual.. Belo Horizonte: Fórum , 2014.

BITTENCOURT, Sidney. **Contratando sem licitação: contratação direta por dispensa ou inexigibilidade**. 2. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

BRASIL. **Lei n.º 14.133, de 1 de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em 05 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/constituicao1988>. Acesso em 05 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em 05 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 5450, de 31 de maio de 2005**. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial da União, República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 01 de junho de 2005. Disponível em: Acesso em 05 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 8539, de 8 de outubro de 2015**. Dispõe sobre o uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da União, República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 21 de outubro de 2015. Disponível em: Acesso em 05 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 8638, de 15 de janeiro de 2016**. Institui a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da União, República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 de janeiro de 2018. Disponível em: Acesso em 05 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 9319, de 21 de março de 2018**. Institui o Sistema Nacional para a Transformação Digital e estabelece a estrutura de governança para a implantação da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital. Diário Oficial da União, República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 de março de 2018. Disponível em: Acesso em 05 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 de julho de 1997. Disponível em: Acesso em 05 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 9.986, de 18 de julho de 2000**. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 de julho de 2000. Disponível em: Acesso em 05 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18/07/2002 e retificado em 30/07/2002. Disponível em: Acesso em 05 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Responsabilização de Agentes Segundo a Jurisprudência do TCU** – Uma abordagem a partir de Licitações e Contratos. Brasília, 2013.

BRAZÃO, Wadih. A evolução do processo licitatório e a sociedade e seus anseios. **Jusbrasil**. 2014. Disponível em: <https://brazaoesilvaadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/179792549/a-evolucao-do-processo-licitatorio-e-a-sociedade-e-seus-anseios>. Acesso em: 15 out. 2022.

CALASANS JUNIOR, José. **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.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE (CFC). **Resolução do Conselho Federal de Contabilidade n.º 1.207/2009**. Responsabilidade do Auditor em Relação a Fraude, no Contexto da Auditoria de Demonstrações Contábeis. Disponível em: <http://www.cfc.org.br>. Acesso em: 07 nov. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FREDERICO, Victos Daniel Aguiar et al. Crimes Licitatórios. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38398/crimes-licitatorios>. Acesso em: 09 nov. 2022.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NORMAS de Auditoria Governamental - NAGs: Aplicáveis ao Controle Externo. 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

OLIVEIRA, Aline. Quando usar SRP segundo a MP 951/2020? **O pregoeiro**. Ano XVI. Maio 2020a.

PEREIRA, Jeferson Botelho. Análise dos tipos penais na nova lei de licitação e contratos administrativos: Princípio da codificação e a segurança jurídica na esfera penal. **Jus.com.br**. 03/04/2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/89593/analise-dos-tipos-penais-na-nova-lei-de-licitacao-e-contratos-administrativos>. Acesso em: 28 nov. 2022.

RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO DO CONGRESSO NACIONAL. **Congresso Nacional**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1994. v. I, II, III, IV e V.

SANTOS, Jenifer Ribeiro dos. Os casos de corrupção durante a pandemia em estados e municípios. **Gazeta do Povo**. 01 jun. 2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/corruptao-durante-a-pandemia-estadosmunicipios/>. Acesso em: 10 nov. 2022.

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberson Roberto de. **Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 154p.

SILVA, Caroline Rodrigues da. A sustentabilidade na nova lei de licitações: teoria e prática. In: VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes (coord.) **Diálogos sobre a nova lei de licitações e contratações Lei 14.133/2021** [livro eletrônico]. Pinhais: JML, 2021. 4,3 Mb, PDF

SOUZA, Fatima Regina de. **Manual básico de licitação**. São Paulo: Nobel, 1997.

TAVARES, Bruno; GODOY, Marcelo. Fornecedora de merenda de SP admite uso de empresas fantasmas. **O Estado de São Paulo**. 23 nov. 2009.

TORRES, Ronny Charles Lopes. Capítulo 8 – Licitações Públicas. In: BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes. **Direito Administrativo**. 10. ed. Salvador/BA: JusPodvim, 2020.