1

MÉTODOS DE COMBATE AS FRAUDES EM LICITAÇÕES NA MODALIDADE PREGÃO

Weberson Pereira da Silva¹

RESUMO:

O presente trabalho de pesquisa tem a intenção de contribuir com a busca de soluções para o combate às fraudes em licitações públicas. No meio jurídico não há doutrinas específicas que abordem o tema proposto em sua exaustão, pois sua abordagem se apresenta em um conjunto de textos esparsos que foram utilizados para a elaboração desta de pesquisa. Assim, este trabalho expõe um estudo por intermédio de doutrinas, jurisprudência e outras fontes que tratam sobre o combate as fraudes em licitações públicas.

PALAVRAS CHAVES: Fraudes em licitações; fraudes; improbidade administrativa; pregão; crimes em licitações.

RESUMEN:

El presente trabajo de investigación tiene la intención de contribuir con la búsqueda de soluciones para combatir las fraudes en licitaciones públicas. En el medio legal no hay sobre el tema doctrinas exactas, ya que su enfoque se presenta en un conjunto de textos dispersos que fueron utilizados para la preparación de la investigación. Así, este trabajo presenta un estudio por medio de doctrinas, jurisprudencia y otras fuentes que tienen a ver con combatir las fraudes en licitaciones públicas.

PALABRAS CLAVES: Fraude en la licitación; fraude; mala conducta administrativa; negociación; crímenes en las ofertas.

¹ Servidor Público Federal, Analista do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão SLTI/DELOG, Advogado – OAB/DF, Pós Graduando em Direito Administrativo pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP, Professor de Direito Administrativo e Legislação do site especializado em concursos TI para Concursos (www.tiparaconcursos.net), Instrutor de curso de Licitação: Pregão – Legislação e Sistema na Escola de Administração Fazendária - ESAF, aluno do XIII Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Contato: weberson.etb@gmail.com

INTRODUÇÃO

A Administração Pública possui servidores e empregados públicos que visam cumprir os objetivos definidos na Constituição Federal, nas leis e nos Regimentos Internos dos órgãos nos quais exercem suas atribuições. Para que se possam atingir esses objetivos a Administração e seu quadro de servidores e empregados necessitam de diversos insumos, seja para a atividade fim ou para a atividade meio.

A Administração deve, via de regra, realizar licitação para adquirir insumos e contratar a prestação de serviços, salvo nos casos expressamente previstos em lei (Ex: Dispensa e inexibibilidade). Diante disso, surgindo uma demanda por material ou a necessidade de prestação de um serviço, deve o órgão promover um processo licitatório visando à contratação de uma empresa para fornecer o bem ou prestar o serviço.

A modalidade de licitação pregão foi instituída no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios com base no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988². Esta modalidade de licitação é a forma de aquisição mais utilizada no Brasil, e por esse motivo será a principal modalidade a ser abordada neste estudo.

As fraudes nas licitações públicas são comumente veiculadas na mídia nacional³ como sendo umas das principais causas de dano ao erário existente na Administração Pública. Elas ocorrem com o emprego de corrupção de servidores, pelo ajuste prévio entre os licitantes ou mesmo pela fraude de documentos para participação em certames.

O presente trabalho traz uma abordagem sobre como ocorrem na prática as fraudes em licitações, com a demonstração da maneira que elas ocorrem e os possíveis meios de combate.

²BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

³NAVARRO, Luiz Augusto. Fraude em licitações atinge 95% dos municípios, diz CGU, Jornal Brasil Econômico, São Paulo, 18 ago. 2010. Disponível em:<http://www.brasileconomico.com.br/noticias/fraude-em-licitacoes-atinge-95-dos-municipios-diz-cgu_89290.html>. Acesso em: 15 jan. 2014.

Para um melhor estudo das fraudes encontradas nas licitações na modalidade pregão, estas foram divididas em duas classes: fraudes no procedimento, sendo àquelas que beneficiam o seu fraudador ou terceiro interessado por meio de delitos descritos na legislação penal no decorrer do processo licitatório; e fraudes na intenção, sendo aquelas que visam dar aparência de um processo licitatório isonômico quando não o foi ou mesmo buscando finalidades diversas daquelas buscada em uma licitação.

1. FRAUDES NO PROCEDIMENTO

As fraudes procedimentais ocorridas em licitações na modalidade pregão são bem mais frequentes e em maior número do que o relatado na mídia nacional. Essas fraudes ocorrem das mais diversas formas, e aqueles que as cometem estão sempre se atualizando para não serem descobertos ou responsabilizados.

1.1 Apresentação de Declarações Falsas

Uma das práticas mais comuns e difíceis de serem descobertas é o fornecimento de declarações falsas por parte de empresas e pessoas físicas que participam de licitação na modalidade pregão. O referido ato engloba declarações como a declaração de fatos impeditivos e supervenientes, declaração de micro empresa de pequeno porte ou cooperativa, declaração de ciência edital, declaração de menor e declaração de elaboração independente de proposta, conforme previsão expressa da Lei de Licitações.

As declarações assinadas pelas licitantes sejam físicas ou digitais são realizadas, sob as penas da lei, seja da lei penal ou da lei de licitações, podendo gerar responsabilização em ambas as esferas.

Destaca-se o disposto no art. 299 do Código Penal⁴, quanto ao referido tema:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

⁴ BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> . Acesso em: 18 jan. 2014.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

A declaração de fatos impeditivos e supervenientes, prevista no § 2º do art. 32 da Lei 8.666/93⁵, enseja na responsabilidade da licitante declarar que até a data da abertura da licitação inexistem fatos impeditivos para sua habilitação no processo licitatório, e que se encontra ciente da obrigatoriedade de declarar ocorrências posteriores.

Apesar disso, empresas mesmo impedidas de licitar e contratar com a Administração Pública apresentam declarações de fatos impeditivos e participam ativamente do processo licitatório sem informar tal condição com o intuito de serem habilitadas, ou ainda, àquelas que depois de vencida a licitação são impedidas de contratar em uma determinada esfera, por exemplo, a federal, e não relata a situação aos órgãos nos quais atua, continuando a assinar contratos e aditamentos de contratos, o que é vedado pela Lei de Licitações e causa prejuízos a Administração.

Na declaração de micro empresa de pequeno porte ou cooperativa, prevista na Lei da Micro Empresa - ME da Empresa de Pequeno Porte - EPP, a licitante declara que cumpre os requisitos estabelecidos no art. 3º da Lei Complementar nº 123⁶ e que essa empresa está apta a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos artigos 42 ao 49 da referida lei.

As empresas fraudadoras utilizam-se dessa condição para obter vantagem sobre seus concorrentes de modo fraudulento, mesmo cientes de que já não fazem jus ao tratamento diferenciado concedido as Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte.

Este é o caso das empresas que continuam a gozar das prerrogativas mesmo cientes que auferiram renda superior à prevista no Art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006, *in verbis*:

⁵ BRASIL. Lei nº 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/18666cons.htm>. Acesso em: 18 jan. 2014.

⁶ BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm >. Acesso em: 18 jan. 2014.

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

- I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e
- II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais)

Outra espécie de fraude, ainda quanto a Declaração de Micro Empresa e Empresa de Pequeno, é quando a empresa deixa de cumprir alguma das condições que a Lei Complementar 123/2006 veda expressamente, nos termos de seu art. 3º, § 4º, *in verbis*:

Art. 3º [...]

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

- I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;
- II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;
- III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;
- IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;
- V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;
- VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;
- VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;
- VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;
- IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;
- X - constituída sob a forma de sociedade por ações.

A declaração de ciência edital, apesar de não possuir regulamentação própria, surgiu da necessidade que se encontra implícita para àquele que deseja participar de um

procedimento licitatório. A licitante deve conhecer as regras que irão reger a licitação, e quando assina a referida declaração esta declara que está ciente e concorda com as condições contidas no edital e seus anexos, bem como de que cumpre plenamente os requisitos de habilitação definidos no edital, referentes ao pregão.

O instrumento convocatório possui todas as regras que regem a licitação, porém, não são raras as vezes que empresas participantes de licitações apresentam produtos em condições divergentes do edital. A ciência e concordância implica tacitamente que a empresa apresentará um produto que apresenta as mesmas características e nas condições solicitadas no edital.

Ocorrem casos em que empresa depois de concluída a fase de lances solicita a sua desclassificação, alegando que seu produto não atende a alguma cláusula do edital ou mesmo informando que o descreveu de forma incorreta.

Essa situação a princípio aparenta não gerar prejuízos à Administração, todavia, pode haver a atuação de empresas como “coelho” ou “herança”, ou seja, apresentando valor menor do que o exequível para desestimular a participação de outras empresas na etapa de lances, ou apresentando produto que sabe ser diferente do edital para posterior desistência, e assim beneficiar outra empresa que esteja participando do processo licitatório para ser contratada com preço superior ao de mercado.

Segundo a Secretaria de Direito Econômico – SDE do Ministério da Justiça (2008, p.10) tal ato também pode ser denominado como “Apresentação de propostas ‘pro forma’, caracterizada quando alguns concorrentes formulam propostas com preços muito altos para serem aceitos ou entregam propostas com vícios reconhecidamente desclassificatórios. O objetivo dessa conduta é, em regra, direcionar a licitação para um concorrente em especial”.

Quanto à declaração de menor, sua previsão encontra-se no inciso V do art. 27 da Lei nº 8.666, a licitante declara que “não emprega menor de 18 anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre e não emprega menor de 16 anos, salvo menor, a partir de 14 (quatorze) anos, na condição de aprendiz, nos termos do inciso XXXIII, do art. 7º da Constituição Federal.”

Essa declaração talvez seja uma das mais difíceis de serem confirmadas, pois, foge da alçada do servidor que analisa a documentação da empresa a comprovação de tal condição, ficando esta função a cargo de outros órgãos como, por exemplo, o Ministério do Trabalho e

Emprego.

A declaração de elaboração independente de proposta é solicitada as empresas participantes visando o cumprimento do disposto nos artigos 90 e 95 da Lei nº 8.666/93. Com tal declaração a empresa declara, em síntese, que a proposta apresentada de maneira independente pela empresa e o conteúdo da proposta não foi e não será informado, discutido ou recebido de qualquer outro participante do pregão ou qualquer integrante de órgão promotor da licitação antes da abertura oficial das propostas.

Essa declaração busca impedir que haja acertos prévios entre os licitantes, conluio ou mesmo evitar que as empresa obtenham informações antes da licitação que as possam beneficiar.

Condutas como estas serão abordadas mais detalhadamente ainda neste capítulo, cabendo informar que se trata de uma das maneiras que mais causam prejuízos à Administração e ao erário.

Todas as declarações acima citadas devem ser rigorosamente respeitadas pelos licitantes, todavia, não há por parte dos órgãos promotores de licitações a plena aplicabilidade de punição ao descumprimento delas.

1.2 Envio de Documentos Falsificados

É uma prática utilizada por empresas que não possuem determinadas habilitações para participar de uma licitação. A fraude consiste no envio de documentos que trazem informações divergentes daquelas que constam nos originais, ou mesmo produzidos por pessoas que não são as competentes para tal ato.

A comprovação de tal fraude mostra-se trabalhosa e de auto custo, pois, até os selos públicos que deveriam ser utilizados para garantir autenticidade do documento, também são falsificados, devendo haver um grande trabalho de diligência junto ao possível emissor do ato e uma alta especialização daquele que analisa, para de fato expor a fraude.

Tais falsificações ocorrem, por exemplo, por meio de assinatura de atestados e certidões que visam comprovar o fornecimento de determinado bem ou a prestação de determinado serviço sem que de fato tenham acontecido os referidos atos.

1.3 Extravio de documentos

Uma prática artilosa usada por algumas empresas que buscam fraudar o processo licitatório é a utilização do direito de vista aos autos do processo para extravio de documentos das suas concorrentes, alegando-se posteriormente a falta destes para solicitar desclassificação das adversárias.

1.4 Advocacia administrativa

A advocacia administrativa ocorre quando servidor desvia de suas finalidades previstas na lei e atua em prol de outrem que não a Administração Pública ou o interesse público.

O referido fato constitui-se em crime praticado por funcionário público contra a Administração, sujeito a pena de detenção, conforme preceitua o art. 321 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 321 - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:
Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.
Parágrafo único - se o interesse é ilegítimo:
Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa.

Sendo a referida conduta apresentada de forma análoga na Lei das Licitações, em seu artigo 91, porém restrita para os casos ali presentes e com pena mais gravosa, *in verbis*:

Art.91.Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Se o interesse for público, não se trata deste crime, uma vez que o interesse é da administração. Na defesa do interesse público há dever, não configurando o crime.

Para a configuração do tipo penal de o servidor valer-se da qualidade de funcionário, aproveitando-se das facilidades de acesso dentro da estrutura administrativa e beneficiando-as da amizade e prestígio entre os funcionários, Caso o funcionário não tenha se valido de sua qualidade funcional, o fato é atípico.

O ato de praticar advocacia administrativa nem sempre é facilmente identificado, haja

vista o dever de urbanidade de se prestar as informações necessárias ao público em geral. Trata-se de uma linha tênue em que o dever servidor é influenciado, em razão disso este atua abusando de sua qualidade de servidor e interfere em algum ato dentro da administração.

1.5 Violação e sigilo funcional

Na modalidade pregão, o referido ato pode se caracterizar quando o servidor transmite informação sigilosa ou com a qual a empresa possa obter vantagem sobre as outras antes do necessário.

Pode ser, por exemplo, a informação de que determinada licitação está para ser lançada, as documentações que seriam necessárias, quantidades, prazos de entrega etc. tais informações permitiriam a empresa se preparar com maior antecedência que as demais possuindo vantagem competitiva no momento da licitação.

Tal conduta possui relevância penal e enquadra-se no tipo previsto no art. 325 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

O referido crime só pode ser cometido por funcionário público, por tratar-se de crime próprio, conforme leciona Damásio E. de Jesus⁷, ainda segundo o autor, àquele que não é mais funcionário público e que revela fato sigiloso deve ser punido na forma do art. 154 do Código Penal.

Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

⁷ JESUS, Damásio E. de Jesus. *Direito Penal*. 4. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 114.

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

Nesse sentido, caberá responsabilização criminal ainda que não sejam servidores os responsáveis pela divulgação da informação guardada em segredo.

1.6 Violação do sigilo de proposta de concorrência

A violação do sigilo de proposta consiste em promover a abertura dos envelopes antes do horário e data previstos para a abertura da sessão pública. Tal atitude permite saber de antemão quais os valores apresentados pelas empresas e mesmo retirar documentos do conjunto que compõem a documentação.

Sobre a violação de sigilo, o Código Penal a trata da seguinte forma, *in verbis*:

Art. 326 - Devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena - Detenção, de três meses a um ano, e multa.

Victor Eduardo Rios Gonçalves⁸ ressalta que se enquadra nessa conduta as mesmas características inerentes à violação do sigilo funcional, porém neste caso restringe-se apenas a propostas de concorrências públicas.

⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, Direito penal esquematizado: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011.

2 FRAUDES NA INTENÇÃO

As fraudes na intenção de licitar é o conjunto de atos praticados pelos fornecedores ou pelos fornecedores e integrantes da Administração Pública. Tais fraudes se caracterizam por trazer um falso aspecto de legalidade ao processo licitatório e podem ser divididas em conluio, cartéis e apresentação de preços predatórios.

2.1 Conluio

Os conluios nas licitações públicas na modalidade pregão ocorrem quando há elaboração de propostas forjadas, rodízio de ganhadores, divisão de mercado, supressão de propostas ou direcionamento privado da licitação, possui o propósito de prejudicar outras empresas e lesar o patrimônio público.

A Lei 12.529/2011 que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, assim versa sobre a matéria:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

[...] § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

[...] d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

Nesse sentido, pode ser destacado que ainda que os autores da fraude não atinjam seus objetivos este poderão ser penalizados pela tentativa.

2.2 Cartéis

Os cartéis, apesar de se aproximarem da figura dos conluios, diferenciam-se principalmente porque não ocorrem esporadicamente, enquanto aqueles apresentam uma estrutura complexa e institucionalizada, destinada a atingir objetivos de longo prazo.

Conforme apresentado pela promotora de justiça Áurea Regina de Queiroz Ramim

em artigo publicado na revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios⁹:

A fixação de preços é apenas uma das formas de cartelização, talvez a mais dramática e mais lesiva ao bem-estar social. Para que a uniformização de preços seja cartel, não basta a mera constatação de que os preços são idênticos; é necessário que tais preços decorram de combinação, a indicar que a uniformização de preços é uma estratégia coletiva dos agentes econômicos. No entanto, a fixação de preços não é a única forma de cartel. A divisão territorial do mercado entre concorrentes também é outro meio muito comum de formação de cartel, que ocorre quando os concorrentes distribuem entre si as áreas geográficas de um mercado, determinando as regiões em que cada concorrente deve atuar, impedindo que um ingresse na área do outro. Com tal combinação, cada agente econômico garante para si uma reserva de mercado e a tranquilidade de não enfrentar concorrência.

Paula Forgioni¹⁰ (2008, p. 406) entende que os seguintes pontos tornam o mercado predisposto à formação de um cartel:

(i) pequeno número de agentes no mercado relevante; (ii) homogeneidade do produto; (iii) baixa elasticidade da procura em relação ao preço; (iv) existência de barreiras à entrada; (v) mercado em retração (crise); e (vi) mercados mais concentrados.

A antiga Secretaria de Direito Econômico – SDE do Ministério da Justiça em cartilha para Combate a Cartéis em Licitações (2008, p.09), as licitações são um ambiente propício à atuação dos cartéis, que podem agir de várias formas, tais como:

- a) **Fixação de preços**, na qual há um acordo firmado entre concorrentes para aumentar ou fixar preços e impedir que as propostas fiquem abaixo de um “preço base”.
- b) **Direcionamento privado da licitação**, em que há a definição de quem irá vencer determinado certame ou uma série de processos licitatórios, bem como as condições nas quais essas licitações serão adjudicadas.
- c) **Divisão de mercado**, representada pela divisão de um conjunto de licitações entre membros do cartel, que, assim, deixam de concorrer entre si em cada uma delas. Por exemplo, as empresas A, B e C fazem um acordo pelo qual a empresa A apenas participa de licitações na região Nordeste, a empresa B na região Sul e a empresa C na região Sudeste.
- d) **Supressão de propostas**, modalidade na qual concorrentes que eram esperados na licitação não comparecem ou, comparecendo, retiram a proposta formulada, com intuito de favorecer um determinado licitante, previamente escolhido.
- e) **Apresentação de propostas “pro forma”**, caracterizada quando alguns concorrentes formulam propostas com preços muito altos para serem aceitos

⁹ RAMIM, Áurea Regina de Queiroz, **O Cartel: Por que Combater?**, Disponível em < <http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={B339EA44-6431-49A3-BB29-00EF9E5EC4B3}&ServiceInstUID={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}> >

¹⁰ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitrustentonio. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

ou entregam propostas com vícios reconhecidamente desclassificatórios. O objetivo dessa conduta é, em regra, direcionar a licitação para um concorrente em especial.

f) **Rodízio**, acordo pelo qual os concorrentes alternam-se entre os vencedores de uma licitação específica. Por exemplo, as empresas A, B e C combinam que a primeira licitação será vencida pela empresa A, a segunda pela empresa B, a terceira pela empresa C e assim sucessivamente.

g) **Sub-contratação**, pela qual concorrentes não participam das licitações ou desistem das suas propostas, a fim de serem sub-contratados pelos vencedores. O vencedor da licitação a um preço supra-competitivo divide o sobre-preço com o subcontratado.

Quando não existe competição saudável, além de provocar sobrepreço nos produtos adquiridos pelo Estado, o cartel impede que as demais empresas concorram em pé de igualdade, causando prejuízos à livre concorrência e gastos onerosos com o dinheiro público.

2.3 Preços predatórios

Os preços predatórios são comumente identificados como atos unilaterais que não envolvem acordos com concorrentes, compradores ou fornecedores e visam impedir a entrada de novas empresas no mercado ou excluir as empresas concorrentes existentes.

Tal prática elimina a concorrência, efetiva ou potencial, consiste na prática em que uma empresa vende seus produtos a preços abaixo do custo de produção para eliminar os concorrentes do mercado, de modo a permitir, no futuro, a cobrança de preços altos, recuperando os lucros perdidos e exercendo monopólio sobre o mercado.

A melhor definição encontrada sobre a referida fraude provém da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, no seguinte sentido, *in verbis*:

Preços Predatórios: situação em que uma firma reduz o preço de venda de seu produto, incorrendo em perdas no curto prazo, objetivando eliminar rivais do mercado, ou possíveis entrantes, para, posteriormente, quando os rivais saírem do mercado, elevar os preços novamente, obtendo, assim, ganhos a longo prazo. Em muitas definições existentes na literatura microeconômica, a firma reduz o preço de seu produto abaixo de alguma medida de custo, como por exemplo, o custo marginal. Em mercados em que as firmas são idênticas (isto é, igualmente eficientes, com custos marginais parecidos), a prática de preços predatórios não é uma estratégia que deverá ser adotada, pois a "firma predatória" não terá certeza se as outras realmente sairão do mercado. Já em mercados em que as firmas não são idênticas, a mais eficiente poderá ter incentivo em abaixar preço, fixando-o entre (ou até) o custo marginal dela (mais baixo) e o das outras (mais altos), pois ela terá, no máximo, lucro zero no curto prazo, enquanto as outras, se a seguirem, poderão ter grandes prejuízos.

3. O COMBATE ÀS FRAUDES NA MODALIDADE PREGÃO

Conhecendo os caminhos da licitação na modalidade pregão e analisando os tipos de fraudes ocorridas nesta modalidade, faz-se necessário atentar ao que existe no âmbito da Administração Pública para evitar as referidas fraudes. Ou seja, as ferramentas e práticas utilizadas no controle preventivo e repressivo, bem como as normas legais que são aplicáveis àqueles que cometem as fraudes.

3.1 Meios de prevenção e combate

Para se determinar qual o melhor meio de prevenção e combate devemos ter em mente que cada fraude possui sua particularidade, ensejando medidas diferentes no seu combate.

Assim, mostra-se relevante o estudo dessas de forma separada para que se possam entender quais são as melhores medidas a serem adotadas em cada caso.

3.2 Apresentação de declarações falsas

O combate à inserção de dados falsos nos sistemas, como as declarações falsas, deve ser realizado de maneira preventiva e repressiva. Preventivamente, com o descredenciamento do fornecedor no sistema de compras e repressivamente com o impedimento de licitar.

O referido procedimento de combate deve ser aplicado ao fornecedor independentemente de dolo ou culpa, desde que observada a proporcionalidade da pena aplicada ao ato cometido.

Excetuando-se a declaração de ciência do edital, que envolve certo grau de subjetividade em sua análise, as demais declarações devem ser fortemente repreendidas. A declaração de elaboração independente de proposta, as declarações de fatos impeditivos e supervenientes, a declaração de micro empresa de pequeno porte ou cooperativa, e a declaração de menor, causam graves prejuízos ao patrimônio público e à isonomia na competição. No caso específico da declaração de não empregar menor, sua fraude afronta diretamente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, protegido

constitucionalmente.

A prática de apresentar documentos falsos vai contra o disposto expressamente na norma que regula a modalidade pregão, nesse sentido, a Lei 10.520/2002¹¹ assim versa sobre a matéria:

Art. 7º 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 mantiver 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.

Ao serem constatados indícios suficientes de apresentação de declaração falsa deve aquele que conduz o processo licitatório, em sua fase externa, relatar os fatos à autoridade competente apontando o dispositivo na lei ou a cláusula editalícia violada para que a autoridade realize análise quanto à violação ou não dos referidos dispositivos. Se entender que houve violação, o responsável deverá determinar a instauração de processo administrativo para a aplicação de penalidade.

Por vezes, a instauração de processo visando a aplicação de penalidades mostra-se mais onerosa do que o prejuízo efetivamente sofrido pelo órgão. Todavia, ainda que o prejuízo seja menor, a Administração tem o dever de buscar a aplicação da referida penalidade, pois, se não o fizer permitirá que o fornecedor participe de outras licitações sempre aplicando a mesma fraude, desrespeitando o dever de indisponibilidade do interesse público.

Este é o caso de empresas que estão impedidas de licitar e que ainda assim participam de licitações. Só o fato de participar de um processo do qual não poderá ser vencedora torna essa empresa responsável por apresentar declaração falsa. E não havendo a punição de descredenciamento dos sistemas de compras, ela ainda poderá continuar a participar das licitações, causando ainda mais prejuízos à administração com um todo.

Em princípio, não parece ser vantajoso para a Administração aplicar penalidade em

¹¹ BRASIL. Lei nº 10.520, 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 18 jan. 2014.

uma licitação na qual determinada empresa cause um prejuízo financeiro de R\$ 10.000 e o custo para instauração de um processo mostra-se em torno de R\$ 30.000. Neste caso a Administração tem de ser vista como um todo, pois, essa mesma empresa pode já ter praticado tal fraude em diversos órgãos da Administração e com base nesse entendimento de que o prejuízo foi menor do que a instauração do processo, a referida licitante não foi punida.

Caso se impeça a empresa de participar de futuras licitações, esta não poderá mais causar prejuízos a Administração. A título de ilustração seria o caso de um criminoso virtual que furta de conta corrente alheia a quantia de R\$ 1,00. Poder-se-ia aplicar o princípio da insignificância pelo fato de que seria inviável mover a máquina estatal para punir com base em valor tão irrisório. Diferentemente disso é o fato de se furtar R\$ 1,00 da conta de um milhão de pessoas, o que mostra que, no todo, o prejuízo foi de grande monta, cabendo a intervenção estatal e a aplicação da medida repressiva.

Na modalidade pregão, recentes auditorias da Controladoria Geral da União têm orientado os gestores que procedam à instauração de processos visando a aplicar penalidades às empresas que não mantiverem suas propostas, ainda que na fase de lances.

3.3 Envio de documentos falsos

Com o avanço da tecnologia, permite-se atualmente que empresas enviem suas documentações e propostas por intermédio da rede mundial de computadores (Internet). O uso de certificados digitais garante a identidade daquele que participa de uma licitação. Esta ferramenta traz a presunção de que aquele que se encontra participando do processo licitatório via Internet é de fato o representante da empresa. Caso não o seja, o proprietário da certificação responderá pelo ônus assumido por aquele que fez uso de sua certificação, já que sua senha é pessoal e intransferível.

Caso sejam apresentados, pela Internet, documentos que não correspondam ao original ou mesmo documentos forjados, o representante responderá pela conduta prevista no art. 299 do Código penal.

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

O envio de documentos falsos também gera a aplicação de sanção, no âmbito administrativo, na forma do art. 7 da Lei 10.520/2002, já citado acima.

3.4 Extravio, sonegação ou inutilização documentos

Para se coibir a prática de retirada de documentos do processo, deve-se, durante a concessão de vistas requeridas, fazer o acompanhamento daquele que o requerer; e ainda a conferência das páginas para verificar se não houve nenhum extravio de documentos.

Não pode o órgão ceder o processo às empresas para que estas o retirem da repartição, devendo em qualquer caso fornecer o direito cópias integrais dos autos, mediante o pagamento dos valores referentes às cópias, consoante o valor de mercado.

3.5 Advocacia administrativa

O combate à prática de crime de advocacia administrativa dá-se por meio de estabelecimento de manuais internos de práticas a serem adotadas no âmbito de determinado setor, bem como o detalhamento das competências de cada órgão interno. Os servidores submetidos a essas demandas devem respeitar e obedecer à ordem cronológica dos processos, respeitando o trâmite normal dado a qualquer processo, sob pena de incorrer na conduta criminosa de advocacia administrativa.

Deve-se observar ainda que, neste caso, há exceções como, por exemplo, os processos que o próprio órgão define como de prioridade, devendo existir mecanismo prévio que defina de forma objetiva a urgência, bem como identificação visual que permita facilmente a identificação destes processos, se for o caso.

3.6 Violação de sigilo funcional

Para que se evite a ocorrência da violação de sigilo funcional, deve o órgão manter canais de comunicação oficiais para contatos com as empresa e com os demais setores do órgão, seja por e-mails ou por intermédio de despachos de expediente, devendo haver o registro de todas as movimentações.

Deve ainda haver o cuidado de cientificar aos integrantes da repartição sobre a importância de manter tal informação sobre sigilo, bem como buscar punir aqueles que comentem tal conduta com a instauração de Processo Administrativo Disciplinar, o qual deve ser regido pela Lei 8.429/92.

3.7 Violação do sigilo de proposta de concorrência pública

Essa violação prevista no art. 326 do Código Penal e no art. 94 da Lei 8.666/1993 pode ser combatida com boas práticas no decorrer da sessão do processo licitatório.

No pregão eletrônico, somente na abertura da sessão é possível verificar quantos licitantes apresentaram propostas, sendo que neste momento ainda não se conhece quem são eles, informação esta que será revelada apenas após a etapa de lances. Neste sentido não é possível a utilização dessa modalidade criminosa no pregão eletrônico, salvo no caso em que o violador da proposta consiga acessar o sistema de informática que contenha as propostas. Assim, o combate desse ilícito deve ocorrer por meio de melhorias nos sistemas informatizados e investimento em tecnologias para prevenir a invasão de computadores (*hackers*).

Já na modalidade presencial pode-se utilizar o uso de envelopes lacrados de material que permita a identificação de violação, como aqueles utilizados em seleções públicas por bancas examinadoras. Também, pode-se requerer a aposição de firma do responsável credenciado e com poderes para participar do certame no mesmo envelope. Isso, aliado a uma sessão pública transparente em que todos os atos se procedam de forma pública, garantirá o sucesso do certame sem questionamentos referentes a possíveis violações de propostas.

3.8 Conluio

Para se combater o conluio em licitações públicas deve haver uma capacitação prévia daqueles que atuam diretamente nelas. A capacitação dos servidores permitirá a fácil identificação de indícios e, conseqüentemente, o aumento de denúncias sobre os conluios nas licitações.

A extinta Secretaria de Direito Econômico – SDE do Ministério da Justiça, hoje sucedida pela Superintendência-Geral do CADE, consoante a Lei 12.529/11, assim se

manifestou em sua cartilha de combate a cartéis em licitação¹², a qual pode se utilizada na busca de indícios de conluio, *in verbis*:

- As propostas apresentadas possuem redação semelhante ou os mesmos erros e rasuras.
- Certos fornecedores desistem, inesperadamente, de participar da licitação.
- Há empresas que, apesar de qualificadas para a licitação, não costumava apresentar propostas a um determinado órgão, embora o façam para outro.
- Existe um padrão claro de rodízio entre os vencedores das licitações.
- Existe uma margem de preço estranha e pouco racional entre a proposta vencedora e as outras propostas.
- Alguns licitantes apresentam preços muito diferentes nas diversas licitações que participam, apesar de o objeto e as características desses certames serem parecidos.
- O valor das propostas se reduz significativamente quando um novo concorrente entra no processo (provavelmente não integrante do cartel).
- Um determinado concorrente vence muitas licitações que possuem a mesma característica ou se referem a um tipo especial de contratação. Existe um concorrente que sempre oferece propostas, apesar de nunca vencer as licitações.
- Licitantes vencedores sub-contratam concorrentes que participaram do certame.
- Licitantes que teriam condições de participar isoladamente do certame apresentam propostas em consórcio.

Tais indícios podem configurar a formação de um conluio, devendo o agente público realizar denúncia aos órgãos competentes para fins de apuração deste fato que causa grande prejuízo ao erário público.

3.9 Cartéis

No combate aos cartéis, além dos indícios citados acima, a extinta SDE (2008, p.9) ressalta a importância dos agentes públicos que lidam diretamente com a licitação, identificar e colher provas que possam caracterizar a conduta.

Aquela Secretaria destacava os seguintes pontos, *in verbis*:

No trabalho de detecção e investigação de cartéis, a SDE depende muito das informações e denúncias advindas de outras autoridades ou partes prejudicadas. São essas fontes de informação, muitas vezes anônimas, que ajudam a Secretaria a tomar ciência das infrações e que permitem a

¹² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Combate a Cartéis em Licitações, Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/Cartilha_Licitacao.pdf> Acesso em: 18 jan. 2014.

mobilização dos mecanismos disponíveis para descobrir e fazer cessar condutas anticoncorrenciais.

A contribuição dos agentes públicos de compras tem papel crucial na apuração dos cartéis que atuam nas licitações governamentais. São esses servidores que, em razão de sua proximidade com o processo, podem proporcionar à SDE valiosas provas e evidências. Afinal, em compras públicas, esses agentes são os verdadeiros “olhos” da Administração.

Portanto, deve haver uma maior conscientização junto aos órgãos promotores de licitações para que estes informem seus servidores sobre a gravidade da conduta, bem como auxiliem na investigação do fato.

3.10 Preços predatórios

A prática de preços predatórios resta configurada na prática de preços abaixo do custo, com o objetivo de eliminar os concorrentes para que, em momento posterior, possam ser praticados preços e lucros mais altos e de forma parecida com a do monopólio.

Sua configuração depende da união desses dois fatores, e caracteriza restrição ao princípio da livre concorrência previsto no art. 170, IV, da Carta Magna.

São nesse sentido as lições de Calixto Salomão¹³, que desta e o posicionamento em sua obra sobre direito concorrencial, *in verbis*:

É preciso comparar a conduta praticada com aquela que seria efetivamente conveniente para o empresário.

O padrão básico passa, então, a ser o custo de oportunidade. Fundamental para que exista a predação é que seja possível demonstrar que aquela determinada conduta só será mais conveniente que outras condutas alternativas disponíveis se o concorrente (a vítima da predação) deixar o mercado ou se, mesmo permanecendo, for possível a dominação oligopolística por parte do predador (com ou sem a participação da vítima).

Quanto ao tema, cabe ressaltar ainda o parágrafo 4º do art. 170 da Constituição Federal de 1988, que estabelece que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”. Visando o efetivo cumprimento na norma constitucional, foi elaborada a Lei 12.529/2011 (que revogou a Lei 8.884/94), que assim dispôs sobre a matéria:

¹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. As condutas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Os autores da infração estão sujeitos às penas previstas nos art. 37 a 44 da referida norma.

4. CONTROLE POPULAR E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os métodos de controle por meio da população e dos órgãos de fiscalização são de fundamental importância para o combate às fraudes, pois, nem sempre o Estado tem a capacidade de avaliar cada ato dos milhares de gestores públicos existentes no Brasil.

4.1 Participação Social na Fiscalização e Controle dos Gastos Públicos

A participação social é um fator muito importante no combate às fraudes nas aquisições públicas, pois o interesse por parte da população de observar a boa utilização dos tributos torna-a legítima interessada na fiscalização dos gastos públicos.

Todos os atos do governo são públicos, salvo quando houver disposição em contrário e desde que devidamente fundamentado. Assim, qualquer cidadão pode requerer à Administração que se pronuncie sobre as compras efetuadas, solicitando os valores, as empresas vencedoras, as pesquisas realizadas no mercado, etc.

4.2 O Acesso à Informação Pública

Em 2011 foi sancionada a Lei nº 12.527, denominada Lei de Acesso à Informação. Conforme consta em seu preâmbulo, tal lei regula o acesso a informações, previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216, todos da Constituição Federal. Trata-se de norma de grande inovação no âmbito da Administração Pública, pois, apesar de já existir o direito de acesso à informação, não havia ainda norma específica sobre os procedimentos e prazos para a concessão do acesso. A referida lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012, que buscou esclarecer ainda mais o procedimento.

A Lei de Acesso à Informação privilegia o administrado, concedendo-lhe o amplo

direito de acesso a informações sobre o procedimento licitatório, trazendo normas e determinações que buscam dar maior transparência às aquisições realizadas com o dinheiro público.

O decreto regulamentador da lei trouxe como inovação o conceito de transparência passiva, que exprime o direito daquele que solicita o acesso a dados requeridos. Nesse sentido, cabe destacar os seguintes dispositivos da lei *verbis*:

LEI Nº 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011.

Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:

[...] VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos;

4.3 O Portal da Transparência

O portal da transparência é a ferramenta do governo federal, que existe desde 2006, e permite obter informações sobre gastos públicos no âmbito da União. Segundo a Lei de Acesso à Informação, as demais entidades e órgãos da Administração Pública devem criar seus próprios portais para detalhamento dos gastos realizados.

A lei que regulamenta o acesso à informação, assim versa sobre transparência ativa:

LEI Nº 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011.

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo:

IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

Ainda nesse sentido, o Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, prevê que:

Art. 7º É dever dos órgãos e entidades promover, independente de requerimento, a divulgação em seus sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, observado o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei no 12.527, de 2011.

§ 1º Os órgãos e entidades deverão implementar em seus sítios na Internet seção específica para a divulgação das informações de que trata o caput

§ 2º Serão disponibilizados nos sítios na Internet dos órgãos e entidades, conforme padrão estabelecido pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República:

[...] V - licitações realizadas e em andamento, com editais, anexos e resultados, além dos contratos firmados e notas de empenho emitidas;

4.4 Tribunal de Contas da União

Previsto no art. 71 da Constituição Federal de 1988, o Tribunal de Contas da União - TCU é órgão de controle externo que exerce a fiscalização contábil, financeira e orçamentária no âmbito da União, o chamado controle técnico.

O TCU não faz parte do poder judiciário como os demais tribunais existentes no Brasil, ainda que algumas de suas decisões de possuam força normativa de cunho obrigatório, como é o caso da Súmula TCU nº 222, *in verbis*:

SÚMULA 222

As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Os Tribunais de Contas exercem julgamento de caráter administrativo, pois esta é a natureza desses Tribunais. Os Tribunais de Contas julgam as contas dos administradores públicos, conforme previsto na constituição, e por esse motivo, dizemos que a função exercida pelos mesmos é dita judicante, mas não jurisdicional, pois não são órgãos do Poder Judiciário.

Quando a Constituição de 1988 traz em seu art. 73. “O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.”, quer dizer que o referido tribunal pode atuar em todo o território nacional e não que este possui poder jurisdicional.

Esse é o posicionamento do doutrinador Jose Afonso da Silva¹⁴ (1999, p.177) também é contrário à caracterização de algumas das suas funções como jurisdicionais, entendendo que "o Tribunal de Contas é um órgão técnico, não jurisdicional. Julgar contas ou

¹⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

da legalidade dos atos, para registros, é manifestamente atribuição de caráter técnico”.

O descumprimento de decisão do Tribunal de contas pode ensejar a aplicação de penalidades, sejam de cunho administrativo ou de cunho penal. O TCU possui legitimidade para aplicação de multa e para decretar a indisponibilidade de bens, na forma dos artigos 268 e 274 de seu Regimento Interno. Todavia, caso a ilegalidade constatada mostre repercussão no campo penal, o TCU não possuirá competência para punir nesse âmbito, devendo remeter os autos ao Ministério Público para que se proceda à persecução penal cabível.

Dentre o rol de competências, há previsão expressa de que este órgão julgue as contas dos administradores e responsáveis por dinheiro público, na forma do inciso II do Art. 71, da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...] II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

A atuação do TCU nas aquisições públicas pode ocorrer desde o início, na fase de elaboração do edital, até a sua execução, quando o órgão já concluiu a contratação. Ou seja, o tribunal atua de forma preventiva, concomitante e repressiva. Sua atuação preventiva visa a diminuir a probabilidade de ocorrências danosas ao erário; a concomitante visa a acompanhar o andamento em tempo real para analisar se estão sendo seguidos os dispositivos legais sobre a referida aquisição; e a repressiva visa a aplicar penalidade aos praticantes de atos ilícitos, determinar que o órgão abstenha-se de praticar algum ato ou mesmo que este comece a praticar determinada conduta prevista na lei.

Em sua doutrina o ex-presidente do Tribunal de Contas da União, Benjamin Zymler¹⁵ (2012, p. 167) ressalta a preponderância de modelos de controle externo centrados no Poder Legislativo, exercido normalmente com o auxílio de órgão técnico. Ressalta ainda o autor que na América Latina difundiu-se o modelo latino-americano de controle onde órgãos colegiados,

¹⁵ ZYMLER, Benjamin. Direito Administrativo e Controle. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

situados dentro da órbita do poder legislativo e que exercem as funções de controle contábil, financeiro e orçamentário, modelo inclusive adotado no Brasil.

4.5 Controladoria Geral da União

A Controladoria Geral da União - CGU é um órgão central de controle interno que atua também na análise de processos licitatórios como os provenientes da modalidade pregão.

A sua criação baseia-se no mandamento constitucional previsto no art. 70 c/c art. 74, *in verbis*:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

[...]

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Apesar de serem ressaltadas neste tópico as características e competências da CGU, tais descrições abarcam os demais órgãos de controle interno de âmbito estadual e municipal.

Dentre as atribuições deste órgão encontram-se a avaliação da execução de programas de governo, comprovação da legalidade e avaliação dos resultados, quanto a eficácia e eficiência, da gestão dos administradores públicos federais, exercício do controle das operações de crédito e, também, exercício das atividades de apoio ao controle externo¹⁶.

4.6 Conselho Administrativo de Defesa Econômica

¹⁶ CGU - Controle Interno, Disponível em: < <http://www.cgu.gov.br/ControleInterno/>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, conforme prevê o art. 4º da Lei nº 12.529/2011 é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce poder judicante específico (Lei nº 12.529/11), em todo o território nacional.

Sua missão é zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência.

Em seu portal institucional são destacadas as três formas de atuação do CADE para o cumprimento de sua missão, são elas a preventiva, a repressiva e a educacional ou pedagógica.

Na atuação preventiva cabe ao conselho analisar e posteriormente decidir sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco a livre concorrência.

Na atuação repressiva deve investigar, em todo o território nacional, e posteriormente julgar cartéis e outras condutas nocivas à livre concorrência.

Por fim, na atuação educacional ou pedagógica deve instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Direito da Concorrência e cartilhas, como por exemplo a elaboração da Cartilha de Combate as Cartéis em licitações¹⁷.

4.7 O Intercâmbio de Informações entre os Entes Fiscalizadores

O Tribunal de Contas da União, A Controladoria Geral da União e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica são a base fundamental de órgãos atuantes no combate às fraudes em licitações.

Os referidos órgãos, apesar de possuírem atribuições correlatas em muitos aspectos,

¹⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Combate a Cartéis em Licitações, Disponível em:<http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/Cartilha_Licitacao.pdf> Acesso em: 18 jan. 2014.

não se demonstram próximos quanto à troca de informações e experiências. Os órgãos que deveriam agir de forma coordenada no controle de gastos do dinheiro público, agem normalmente de forma isolada e autônoma.

A falta de um sistema de informações sobre práticas ilícitas e seus autores demonstra a fragilidade da Administração Pública e permite que criminosos se perpetuem nesses ilícitos, sem haver uma identificação única que os discrimine como fraudadores de licitação.

4.8 Compartilhamento de Mecanismos de Controle de Fraude

A experiência dos órgãos no combate às fraude em licitações deve ser compartilhada de forma a gerar meios eficazes de se combater os ilícitos cometidos nas aquisições públicas.

O Tribunal de Contas da União possui em seu quadro de funcionários auditores bem preparados para análise de processos de fraudes. Além da tradição e poderio tecnológico que dispõe a Corte de Contas, seu recurso humano (Auditores e Ministros) formam um rede especializada na análise de processos licitatórios.

O compartilhamento desse conhecimento pode ajudar outros órgãos da Administração pública na busca de indícios de violação às normas que regem as aquisições públicas.

Ainda no âmbito Federal, há o programa de sorteio de municípios promovido pela Controladoria Geral da União, o qual, conforme definição extraída de seu sítio eletrônico “é um mecanismo de sorteio instituído, em caráter definitivo, pela Portaria nº 247, de 20 de junho de 2003, publicada no Diário Oficial da União de 23 de junho de 2003¹⁸.”

A CGU destaca o seguinte ponto de seu programa de sorteios:

Esse mecanismo inovador sorteia os municípios onde serão desenvolvidas fiscalizações especiais, por amostragem, com relação aos recursos públicos federais ali aplicados, por via dos órgãos da administração federal, diretamente ou por meio de repasse, sob qualquer forma, para órgãos das administrações municipais e quaisquer outros órgãos ou entidades legalmente habilitados.¹⁹

¹⁸ CGU - Programa de Fiscalização por Sorteios Públicos, Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/ControleInterno/PerguntasFrequentes/Programa-Fiscalizacao-Sorteio-Publico.asp>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

¹⁹ CGU - O que é o Programa de Fiscalização por Sorteios Públicos? Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/ControleInterno/PerguntasFrequentes/Programa-Fiscalizacao-Sorteio-Publico.asp>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

A lisura do procedimento mostra-se inclusive na forma de realização, pois, ainda conforme informações do site da CGU, o sorteio é promovido pelo mesmo sistema utilizado pela Caixa Econômica Federal nas loterias, sendo estes sorteios de caráter público, podendo participar qualquer interessado.

O programa de leniência, desenvolvido no Conselho Administrativo de Defesa Econômico - CADE, aproxima-se da figura da delação premiada no direito penal. No âmbito do direito econômico, tal programa visa a proporcionar a oportunidade, daqueles que fazem parte de determinado cartel ou estejam envolvidos de alguma forma em conluios ou outras condutas ilícitas, de realizar a denúncia e fornecer meios probatórios e indícios contundentes para que se proceda a investigação pelo CADE.

Quanto ao programa, o CADE assim o define em sua cartilha de combate a cartéis²⁰:

O Programa de Leniência é um dos instrumentos mais efetivos no combate aos cartéis, e se caracteriza como espécie de “delação premiada” um membro do cartel denuncia a prática e todos os coautores, apresentando documentos e informações do cartel em troca de imunidade administrativa e criminal. A Lei Brasileira de Defesa da Concorrência reconhece que o interesse dos cidadãos brasileiros de ver desvendados e punidos cartéis supera o interesse de sancionar uma única empresa ou indivíduo que possibilitou a identificação e desmantelamento de todo o cartel e a punição de todos os seus outros membros.

A SDE é o órgão competente para negociar e firmar o Acordo de Leniência com pessoas físicas e jurídicas, com a possibilidade de extinção total das penalidades criminais e administrativas originalmente aplicáveis pela prática de cartel em troca de colaboração plena na investigação da prática denunciada.

As autoridades de defesa da concorrência podem trabalhar em conjunto com outras entidades federais para combater as fraudes por meio de criação de forças tarefas específicas para enfrentá-las. Tais forças tarefas poderiam agir de acordo com o tipo de fraude praticada, contando com especialistas, peritos, órgãos da polícia judiciária, bem como conhecedores dos sistemas de licitações que trabalham nessa área.

Na cooperação entre os entes que combatem as fraudes, as autoridades de defesa da concorrência devem promover maior divulgação entre os órgãos de controle interno e externo sobre as técnicas de detecção utilizadas na defesa da concorrência que podem ser utilizadas contra as fraudes em licitações, bem como de forma recíproca os órgãos de controle devem

²⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Combate a Cartéis em Licitações, Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/Cartilha_Licitacao.pdf> Acesso em: 18 jan. 2014.

transmitir as formas e ferramentas de trabalho utilizadas por eles, criando-se nesse sentido um importante sistema de defesa do dinheiro público e uma matriz de combate integrado às fraudes nas aquisições.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As fraudes em licitações na modalidade pregão encontram algumas dificuldades no seu efetivo combate, seja pela quantidade do número de processos licitatórios são muito alto, ou mesmo porque os mecanismos existentes não atuam de forma sistemática.

No meio jurídico doutrinadores do direito administrativo, bem como do direito econômico buscam abordar o tema com a maior amplitude que podem, porém, ainda sim a matéria possui pouca doutrina como base de consulta.

Na prática pode ser constatado que as fraudes ocorrem rotineiramente na Administração pública, e trazem implicações de graves a coisa pública.

A jurisprudência torna-se um rico instrumento de regulação dos atos praticados pelo governo ao passo que a legislação que abrange de forma genérica deixa margem para os fraudadores se locupletarem do dinheiro público por intermédio de práticas ardilosas.

Os crimes em licitações repercutem não só na esfera administrativa, podendo esta abarcar outros ramos como o direito penal e o direito civil, seja quando ilícito transcende o tipo penal específico ou quando há o dever de indenizar a Administração por eventual prejuízo causado.

Tais crime constitui em gravidade maior a medida que retiram valores que poderiam ser empregados em áreas sociais ou mesmo na compra de mais materiais e contratações de serviços para que houvesse uma prestação de serviço com maior qualidade por parte do poder público.

A forma de repressão existente nos tempos atuais já não tem o condão de inibir a prática dos delitos que crescem a cada dia e com maior especialização. A falta de pessoal e de estrutura nos órgãos que combatem as práticas também são fatores prejudiciais à apuração dos fatos.

A existência de órgãos que combatem as fraudes causa temor aos autores dos ilícitos, porém a quantidade proporcional entre as fraudes existentes e àquelas efetivamente punidas encorajam os criminosos a praticarem fraudes. Uma atuação em conjunto dos órgãos responsáveis pelo combate, bem como a aplicação de severas penalidades são fundamentais para que se promova o desestímulo no cometimento desses atos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

_____. Lei nº 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/18666cons.htm>. Acesso em: 18 jan. 2014.

_____. Lei nº 10.520, 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 18 jan. 2014.

_____. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>. Acesso em: 18 jan. 2014.

_____. Presidência da República. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/ Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 jan. 2014.

CGU - **Controle Interno**, Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/ControleInterno/>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

_____. **Programa de Fiscalização por Sorteios Públicos**, Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/ControleInterno/PerguntasFrequentes/Programa-Fiscalizacao-Sorteio-Publico.asp>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

_____. **O que é o Programa de Fiscalização por Sorteios Públicos?**, Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/ControleInterno/PerguntasFrequentes/Programa-Fiscalizacao-Sorteio-Publico.asp>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitrustentonio**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, **Direito penal esquematizado: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

JESUS, Damásio E. de Jesus. **Direito Penal**. 4. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 114.

NAVARRO, Luiz Augusto. **Fraude em licitações atinge 95% dos municípios, diz CGU**, Jornal Brasil Econômico, São Paulo, 18 ago. 2010. Disponível em: <http://www.brasileconomico.com.br/noticias/fraude-em-licitacoes-atinge-95-dos-municipios-diz-cgu_89290.html>. Acesso em: 28 abr. 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA , **Combate a Cartéis em Licitações**, Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/Cartilha_Licitacao.pdf> Acesso em: 18 jan. 2014.

RAMIM, Áurea Regina de Queiroz, **O Cartel: Por que Combater?**, Disponível em <
<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTsvc.asp?DocumentID={B339EA44-6431-49A3-BB29-00EF9E5EC4B3}&ServiceInstUID={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}>>

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial. As condutas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.