

¹APLICABILIDADE E EFICÁCIA DAS PREVISÕES LEGAIS ÀS FRAUDES NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Alexandra Cruz dos Anjos²

Prof. Esp. Aloísio Gonçalves Pereira Neto³

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a verificação legislativa de fraudes nas licitações públicas, dispendo como foco de pesquisa a aplicabilidade e eficácia dos dispositivos da lei 8.666/93 no âmbito das licitações. O referencial teórico é o dissertativo-argumentativo que tem como propósito apresentar as informações de forma coesa e eficiente, sem opiniões e coloquialismos desnecessários. Assim, pretende-se analisar brevemente o que é o estado, após adentrar no âmbito das licitações públicas, averiguando seus princípios, modalidades, procedimentos e as suas dispensas e inexigibilidades, para somente depois poder investigar especificamente as fraudes. Embora as tentativas da Administração Pública de operacionalizar e tutelar pelo procedimento lícito da licitação é comum na vida do cidadão brasileiro as constantes notícias de prejuízo anual de milhões ao erário público submetendo a população em consequência a viver em constantes deficiências no que se diz respeito aos direitos sociais que são aqueles que têm por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais tidas como imprescindíveis para o pleno gozo dos seus direitos.

Palavras-chave: Licitação Pública. Fraudes. Administração Pública Tutelar. Direito.

ABSTRACT: This article aims at the legislative verification of fraud in public bids, with a focus of research on the applicability and effectiveness of the provisions of the 8.666/93 law under the bids. The theoretical reference is the argumentative-argumentative which has as purpose to present the information in a cohesive and efficient manner, without opinions and unnecessary colloquialisms. Thus, it is intended to analyze briefly what is the state, after

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador – UCSAL

² Bacharelanda do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador – UCSAL. Turma do ano de 2013. E-mail para contato cruzalexandra973@gmail.com

³ Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas da União Metropolitana de Educação e Cultura, Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera.

entering into the scope of public bids, by examining its principles, modalities, procedures and its dispensations and inexigibilidades, to only then be able to investigate specifically the Fraud. Although the public administration's attempts to operationalize and supervise the lawful procedure of the bidding is common in the life of the Brazilian citizen, the constant news of annual losses of millions to the public treasury subjecting the population as a result of To live in constant deficiencies with regard to the social rights which are those which are intended to guarantee individuals material conditions which are indispensable for the full enjoyment of their rights.

Keywords: Public Bidding. Fraud. Public Administration Tutelary. Right.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 2. CONCEITO DE ESTADO E AS RAZÕES DE SUA EXISTÊNCIA 3. LICITAÇÕES PÚBLICAS 3.1 Princípios norteadores da Licitação Pública 3.1.1 Princípio da Legalidade 3.1.2 Princípios da Moralidade e da Impessoalidade 3.1.3 Princípio da Publicidade 3.1.4 Princípio da Eficácia Administrativa 3.1.5 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório 3.1.7 Princípio da Probidade Administrativa 3.2 Modalidades de Licitação 3.2.1 Concorrência 3.2.2 Tomada de Preços 3.2.3 Convite 3.2.4 Concurso 3.2.5 Leilão 3.2.6 Pregão Presencial e Pregão Eletrônico 3.3 Dispensa e Inexigibilidade 4. FRAUDES NO PROCESSO DE LICITAÇÃO 4.1 O Procedimento Licitatório e a Lei de Improbidade Administrativa – 8.429/92 4.2 Principais Modalidades de Fraudes em Licitações e as Falsas Exposições de Motivos para Contratação Direta 4.3 Regime Diferenciado de Contratações (RDC) - Riscos legais e financeiros do novo regime 4.4 Fraudes Cometidas por Agentes Públicos em Conluio com Particulares 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Toda aquisição de material ou serviço destinada à Administração Pública, que vai de materiais básicos necessários para o funcionamento da Administração Pública, até projetos que visam a melhor infraestrutura dentro do país, deve ser adquirida por meio do processo licitatório. É de suma importância destacar que a licitação tem como finalidade viabilizar a melhor contratação possível para o poder público, sempre buscando a proposta mais vantajosa ao Estado, bem como permitir que qualquer pessoa física ou jurídica, conforme prevê o princípio da impessoalidade, tenha condições de participar das contratações públicas, desde que preencha os requisitos legais, estabelecidos nos arts. 27 a 33 da lei 8.666/93.

O presente artigo tem como tema tratar da aplicabilidade e eficiência das previsões legais às fraudes no âmbito das licitações públicas. Tema este que é habitual da sociedade brasileira, acompanhando operações por parte do poder público que investigam presumível superfaturamento de material, serviços e projetos em conluio com agentes públicos e particulares, ou seja, empresas privadas, havendo com isso pagamento de propina dentre outros tipos de fraudes junto à administração pública, na esfera Federal, Estado e Municipal.

O art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, firma a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos, em todas as modalidades para a Administração Direta e Indireta de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O procedimento licitatório deve observar não só os princípios da licitação, mas também os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública sejam os princípios expressos no art. 37, *caput* e demais dispositivos da Constituição Federal, aqueles implícitos no ordenamento jurídico.

Assim, no segundo e terceiro capítulo ver-se-á o conceito de estado e a definição da administração pública de modo geral. No quarto capítulo serão vistas as Licitações Públicas, seus princípios, modalidades e os casos em que se preveem dispensa e inexigibilidade. Por fim, ao quarto capítulo se analisará o Procedimento Licitatório e a Lei de Improbidade Administrativa – 8.429/92; as Principais Modalidades de Fraudes em Licitações e as Falsas Exposições de Motivos para Contratação Direta; O Regime Diferenciado de Contratações

(RDC) - Riscos legais e financeiros do novo regime e, ao final, às Fraudes Cometidas por Agentes Públicos em Conluio com Particulares. O presente trabalho utiliza-se dos métodos dedutivo e monográfico e da técnica de pesquisa bibliográfica com consulta a livros, legislação, jurisprudência e sites oficiais de justiça.

Com essa proposta, sem a pretensão de apresentar conclusões definitivas, o trabalho procurará discutir problemas comuns dentro do procedimento licitatório, o que equivale a uma pequena parcela da atividade administrativa frente ao grande conjunto de atribuições que afeta à Administração Pública.

2. CONCEITO DE ESTADO E AS RAZÕES DE SUA EXISTÊNCIA

O Estado é baseado em um tripé: população e governo, como elementos essenciais, e território, como elemento contingente.

Segundo Matheus Carvalho (2016, p. 29):

O Estado é uma instituição organizada política, social e juridicamente, dotada de personalidade jurídica própria de Direito Público, submetido às normas estipuladas pela lei máxima, que, no Brasil, é a Constituição escrita, e dirigida por um governo que possui soberania reconhecida tanto interna como externamente.

Daí a razão de doutrinadores definirem o Estado como um “organismo político-administrativo que, como nação soberana ou divisão territorial, ocupa um território determinado, é dirigido por governo próprio e se constitui pessoa jurídica de direito público, internacionalmente reconhecida”. Um Estado é dito “perfeito” quando possui uma população homogênea (não especificamente no sentido étnico), um governo soberano e independente e um território certo e inalienável.

Insta salientar que “Administrar” é quando um bem é colocado sob a posse de uma determinada pessoa a fim de que ela zele e cuide daquele bem posto sob a sua tutela e competência. Assim, acontece com a Administração Pública, tendo em vista que os bens de propriedade da coletividade são colocados sob a sua guarda para que ela exercite todas as faculdades de que necessita para o implemento da sua função, como dirigir, governar, prestar serviços para atingir um resultado positivo e executá-los.

O Estado (Administração Pública) elabora maneiras para solucionar conflitos que precisam ser encontradas, quase sempre, na transação, na conciliação e na mediação. Admita-se que o Direito cria a ordem ou a estabelece, que deve reger-se pela vontade do povo, maioria manifestada através do poder constituinte, impondo limites ao poder dado ao governo para administração estatal.

Assim surge a constituição – lei fundamental de um Estado, que determina todas as instituições, princípios e normas de governo de um país. A razão de o Estado ter como destinação está à conservação da ordem social através da aplicação do direito, para que, essa sociedade não venha a se arruinar por conflitos internos ou externos, consuma-se ser sua existência imprescindível, portanto.

3. LICITAÇÕES PÚBLICAS

Segundo Hely Lopes Meirelles (2009, p. 274) “Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”. A licitação é regulamentada pela Lei 8.666/93, e tem como indispensável à condição da satisfação do interesse público sobre o particular e a subordinação aos princípios que regulam todo o procedimento licitatório.

A Administração Pública, ora licitante, parte da estimativa da competição por esperar pela proposta mais vantajosa, atenta, além do critério de menor preço, também o de melhor técnica ou de o maior lance, de acordo com o projeto apresentado. Logo, várias pessoas podem concorrer isonomicamente e a Administração Pública ganha escolhendo a proposta mais vantajosa. Dessa forma, conforme veremos adiante a licitação é de um procedimento administrativo prévio às contratações públicas, realizado em uma série de atos, imprescindível a sua realização, culminando com a celebração do contrato do licitante vencedor.

A exigência de licitação de acordo com o objeto a ser licitado atrai um maior número de ofertas e qualidade na prestação de serviços, oferecendo desta forma oportunidades para todos que almejam celebrar contrato com a Administração, conseqüentemente gerando emprego e renda e movendo a máquina de economia nacional. Os princípios da licitação norteiam todo o procedimento, e vale ressaltar dentre outros o princípio da publicidade, que não somente tem o papel de divulgar o procedimento da licitação aos interessados, mas

também de assegurar a fiscalização da probidade administrativa por parte da população e a garantia de isonomia e concorrência justa entre os que desejam firmar contrato junto ao estado.

O art. 22 arrola as modalidades licitatórias que são: a concorrência, tomada de preços, convite, concurso e o leilão presencial, cada uma com sua característica específica, valendo-se do valor do contrato ou do objeto. Lembrando que há uma sexta modalidade, que consiste no pregão eletrônico, esta modalidade não está disciplinada na lei 8.666/93, e sim na lei 10.520/02, categoria para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras diligências.

O pregão eletrônico é a moderna modalidade de licitação, veio impulsionar maior oportunidade de competição, por disponibilizar o uso da tecnologia eletrônica (internet) garantindo maior celeridade para obtenção do resultando final, gozando por fim a redução de custos.

É vedada a criação de outras modalidades de licitação se não as que estão dispostas no art. 22 da referida lei, porém, a modalidade consulta envolve uma peculiaridade em sua criação, visto que, não está ordenado na Lei nº 8.666/1993, mas está prevista e exposto na Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472/1997. Deste modo, proporcionou que a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL trouxesse a modalidade de licitação em debate, probabilidade que adiante foi acrescido a todas as agências reguladoras pelo art. 37 da Lei nº 9.986/2000. Defronte a oportunidade concebida pela lei, a ANATEL regulou referida modalidade pela Resolução nº 5, de 15 de janeiro de 1998.

3.1 Princípios norteadores da licitação pública

De acordo com Carvalho (2016, p. 422) “O procedimento licitatório deve seguir os princípios expressos no art. 37, *caput* e os demais dispositivos da Constituição Federal, sejam aqueles implícitos no ordenamento jurídico, além dos princípios específicos”. Diante disso, a licitação deve atender aos princípios da legalidade, impessoalidade, da moralidade e da eficiência – LIMPE, inerente a toda atuação do Poder Público. A inobservância dos princípios jurídicos pelos administradores públicos influi na ocorrência de ilícitos antes, durante e depois de firmados os contratos e realizadas as licitações públicas. O dever da Administração Pública de agir conforme a lei nem sempre é concretizado pelos atos administrativos.

Os princípios norteadores da atividade administrativa deveriam ser efetivamente observados durante os certames para que a validade destes não fosse contestada incorrendo em anulações e conseqüentemente em prejuízos econômicos e sociais. A relegação destes princípios por alguns administradores influi significativamente para que fraudes sejam perpetradas e é determinante para que a fiscalização seja intensificada.

3.1.1 Princípio da Legalidade

O princípio da Legalidade é o princípio norteador de toda a atividade administrativa e significa que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal, sua atuação tem que se pautar ao que a lei impõe, é a aplicação do devido processo legal, no qual se algum ato for praticado por arbitrariedade não poderá ser considerado válido, eficaz e completo. Por fim, para haver um procedimento licitatório lícito devem-se seguir todas as etapas previstas em lei.

Segundo Di Pietro (2002, p. 304):

O Princípio da Legalidade, [...] é de suma relevância, em matéria de licitação, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei; todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas na Lei n.º 8.666/93, cujo artigo 4º estabelece que todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei.

Como visto, este princípio é de extrema importância, em assunto de licitação, já que é um procedimento completamente vinculado à lei.

3.1.2 Princípios da Moralidade e da Impessoalidade

No princípio da Moralidade o administrador deve trabalhar com bases na honestidade, boa-fé de conduta, não corrupção e lealdade na atividade estatal. A Moralidade tratada aqui é a moralidade jurídica não a moralidade social. Lembrando que não pode ser limitada na distinção de bem ou mal, ou seja, a moralidade está associada à legalidade: se uma conduta é imoral, deve ser invalidada.

O princípio da moralidade exige que o administrador se pautar por conceitos éticos. O da impessoalidade indica que a Administração deve dispensar o mesmo tratamento a todos os administrados que estejam na mesma situação jurídica. Sem dúvida, tais princípios guardam íntima relação entre si. No tema relativo aos

princípios da Administração Pública, dissemos que se pessoas com idêntica situação são tratadas de modo diferente, e, portanto, não impessoal, a conduta administrativa estará sendo ao mesmo tempo imoral. Sendo assim, tanto estará violado um quanto o outro princípio. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 338)

O princípio da Impessoalidade demonstra, até mesmo, uma das finalidades da licitação, sem que haja favoritismos ou escolhas em razão da pessoa a celebrar o contrato, tendo por consequência à celebração de um contrato baseado nos padrões éticos e morais.

3.1.3 Princípio da Publicidade

No que diz respeito à Publicidade, esta deve ser realizada com transparência em todo o procedimento licitatório, ou seja, não apenas a divulgação do procedimento, mas também todos os atos praticados pelos administradores nas fases da licitação.

Esse princípio informa que a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras a um maior número possível de pessoas. E a razão é simples: quanto maior for a quantidade de pessoas que tiverem conhecimento da licitação, mais eficiente poderá ser a forma de seleção, e, por conseguinte, mais vantajosa poderá ser a proposta vencedora. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 339).

A decretação da Lei de Acesso a Informação – LAI possibilitou o princípio da cultura de disseminar, porque a população tem curiosidade na informação, com a intenção de denunciar seja qual for o ato fraudulento em qualquer fase do procedimento da licitação. É necessário que o administrador público esteja vinculado com o dever de informar, para que a LAI se realize. Entretanto, se houver resistências no ato, o cidadão não estará desprotegido, pois há o auxílio de meios legais para colher informações, são os remédios constitucionais: mandado de segurança e o habeas data.

3.1.4 Princípio da Eficácia Administrativa

Além do que se espera, não bastam que o estado atue sobre a cobertura da legalidade, quando se trata de serviço público faz-se necessário uma melhor prática do agente público, uma atuação que traga resultado, e uma melhor organização e estruturação por parte da administração pública, com o objetivo de produzir resultados positivos e satisfatórios as necessidades da sociedade.

Vale ressaltar que o princípio da eficiência deve estar submetido ao princípio da legalidade, pois nunca se poderá justificar a atuação administrativa contrária ao ordenamento jurídico, na medida em que os princípios devem atuar de maneira conjunta e não separadamente, devem andar lado a lado, sempre em conjunto.

3.1.5 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração Pública, ora licitante, e as empresas que pretendem concorrer ao certame, a observar as regras e condições previamente estabelecidas no edital. Ressalte-se que o instrumento de convocação é, em regra, o edital, exceto no convite, em que a lei define a convocação mediante carta convite que se trata de um instrumento convocatório simplificado.

De acordo com Carvalho Filho, (2016, p. 340):

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

Trata-se de princípio indispensável cuja desobediência resulta na invalidade do procedimento, exposto no art. 3º e previsto no art. 41 da Lei nº 8.666/93, consoante “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Ou seja, a quebra das regras traçadas ensejaria em fraude de qualquer natureza.

3.1.6 Princípio do Julgamento Objetivo

Esse princípio é de suma importância e também deve ser observado. O edital deve demonstrar, de forma precisa e objetiva, qual critério será usado para seleção da proposta vencedora. Além disso, o ato convocatório tem de conter critérios objetivos de julgamento que não sujeite as escolhas dos julgadores. Portanto, o administrador não se deve valer de critérios que não estejam previamente delimitados no edital para definição do vencedor do certame. Vejamos, segundo Carvalho Filho (2015, p. 251):

O princípio do julgamento objetivo é corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Consiste em que os critérios e fatores seletivos previstos no edital devem ser adotados inafastavelmente para o julgamento, evitando-se,

assim, qualquer surpresa para os participantes da competição. Nesse sentido, é incontestável o art. 45 do Estatuto.

Diante disso, entende-se que o administrador deve observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para o julgamento das propostas. Afasta a possibilidade de o julgador utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no ato convocatório, mesmo que em benefício da própria Administração.

3.1.7 Princípio da Probidade Administrativa

O princípio da Probidade Administrativa exige que a Administração no que diz respeito à matéria de licitação atue com ética, honestidade, moralidade, boa-fé por parte dos gestores públicos.

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4.º). A probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer. (SILVA, 2012, p. 671)

Nesta perspectiva, conclui-se que os princípios constitucionais no meio administrativo pretendem dar confiabilidade aos atos administrativos cometidos pelo agente da administração pública, atribuindo o pertinente cumprimento da lei; submetendo-se a publicidade e moralidade, buscando a eficiência no serviço público, e executando-o sempre de maneira impessoal, almejando unicamente manifestar a atividade pública em favor dos administrados, disponibilizando o mais barato e de melhor qualidade, e destarte, conservar os órgãos públicos eficientes com o desembolso acessível.

3.2 Modalidades de Licitação

Como já explicitado a lei de licitações prevê cinco modalidades de licitação, ademais a Lei 10.520/02 instituiu mais duas modalidades de licitação denominada pregão presencial e eletrônico. Pode-se analisar que as modalidades concorrência, tomada de preços e convite são escolhidas pela Administração em razão do valor do contrato a ser celebrado, com ressalvas

para a licitação de concorrência que, em deliberadas situações, anteriormente convencionados por lei, será ordenado em razão do objeto a ser contratado. Por seu turno, as outras modalidades, quais seja o concurso, o leilão e o pregão são categorias nomeadas em virtude do conteúdo do objeto do contrato e não do valor, propriamente dito.

3.2.1 Concorrência

Dentre todas as modalidades, a concorrência comporta maior abrangência. Dar-se-á prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias ou de 30 (trinta) dias entre a última publicação e a data de apresentação das propostas. Na concorrência, qualquer indivíduo interessado pode participar da licitação, sem necessidade do auxílio a requisitos previstos para as modalidades de tomada de preços ou convite. Diante disso, essa abrangência na participação de qualquer indivíduo interessado produz resposta sobre a fase de habilitação. Na prática a fase de habilitação, se aprofunda se todos os concorrentes apresentam requisito de idoneidade para ter sua proposta estudada. Essa fase, seja dito de passagem, existe em todas as modalidades de licitação.

A concorrência deve ser utilizada para obras e serviços de engenharia acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), compras e serviços acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) e compras e alienações de bens imóveis da administração (exceto os adquiridos por procedimentos judiciais ou dação em pagamento). É importante frisar que obras e serviços de engenharia acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) é obrigatória realização de audiência pública 15 (quinze) dias antes da publicação do edital.

3.2.2 Tomada de Preços

A modalidade de tomada de preços é realizável para contratos de valores médios, ou seja, aqueles acima do limite do convite e abaixo do limite da concorrência. Diante disso, nesta modalidade a participação de licitantes é mais limitada e o processo é mais simples.

Desta forma, é possível a realização desta modalidade para contratações de obras e serviços de engenharia de até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e meio de reais) e para aquisição

de bens e serviços, que não seja de engenharia até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). Como diretriz de procedimento, podem participar da tomada de preços apenas os licitantes inscritos em cadastro público. Não obstante, são reconhecidos ainda os interessados que atendam às exigências do cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. Este cadastramento é de suma importância, pois torna a licitação mais rápida.

Assim sendo, participam da competição apenas os licitantes que forem cadastrados no órgão ou aqueles que se cadastrarem até 3 (três) dias anteriormente a data estabelecida para a abertura dos envelopes contendo as propostas (sugestão) dos licitantes.

3.2.3 Convite

Modalidade apropriada para contratos de valores pequenos. O convite é a modalidade mais limitada de todas as previstas na lei de licitações, pois a Administração Pública pode eleger de sua preferência, determinados interessados para participar da licitação. Destarte, é possível a realização da licitação na modalidade convite para negociação de obras e serviços de engenharia até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e para aquisição de bens e serviços, que não seja de engenharia, até de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Na prática, participarão do certame apenas os solicitados, estejam eles cadastrados ou não, sendo, no mínimo de 3 (três), exceto comprovação de restrição de mercado, quando então é possível celebrar o convite com apenas 2 (dois) convidados. Além dos licitantes convidados, autoriza-se a participação de outras empresas. Nestes casos, se não houver sido convidado, é possível ao interessado que manifeste interesse de participar do convite com anterioridade de 24 (vinte e quatro) horas da demonstração das propostas e poderá ainda participar da licitação desde que constate este trivialmente cadastrado no órgão.

Na modalidade convite, não há composição de edital. O instrumento convocatório é descomplicado se chamando Carta convite. Esta carta-convite não é publicada, em Diário Oficial, porém, todavia, deve ser dada a publicidade devida, já que toda atuação do Estado deve atentar o Princípio da Publicidade. De modo geral essa publicidade é feita de maneira diversa da publicação. A lei determina que a administração encaminhe a carta-convite aos convidados e afixá-la, em repartição, em local visível para público. Praticados estes atos está feita a publicidade da licitação.

3.2.4 Concurso

Na modalidade de concurso a Administração Pública apura trabalhos técnicos, científicos ou artísticos com certas capacidades personalíssimas para incentivar o desenvolvimento cultural. Ademais, há previsão de prêmios ou gratificação aos vencedores. É também utilizada para contratação de serviços técnicos profissionais especializados como dispõe o art. 13 da Lei 8.666/93. A modalidade de concurso regulado pela lei de licitações não se mistura com o processo licitatório para obtenção de trabalhos, ou seja, concurso público para obtenção de cargos públicos regidos regulamentados pela lei. 8.112/90. O concurso público almeja a obtenção de cargos públicos ou de empregos na estrutura da Administração Direta e Indireta e o indivíduo indicado se torna agente público, fechando a relação de trabalho, com o órgão público.

O processo licitatório desta modalidade de licitação será definido em estatuto próprio, não havendo diretrizes acerca dele na lei 8.666/93. Sendo assim, não se pode ser utilizados a regra de escolha do vencedor, previstos na lei de licitações, devendo estar determinado no procedimento à qualificação dos participantes, os critérios, a forma de argumentação do trabalho, bem como o que se ganha (prêmio) que deve ser pago aos vencedores.

3.2.5 Leilão

Na modalidade leilão, a Administração pode ter três finalidades: vender bens móveis inservíveis; vender produtos legalmente apreendidos ou penhorados; e alienar bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou através de dação em pagamento, como o permite o art. 19 do Estatuto. Em regra, inicia-se uma disputa para decidir quem dará o maior lance começando com o lance mínimo, é basicamente uma disputa de “quem dá mais” e terá direito à compra o candidato que oferecer o maior lance, devendo este lance ser igual ou superior à avaliação (art. 22, § 5º). Neste caso há dois requisitos importantes no leilão. Primeiramente, deve ser dada ao certame (disputa) a mais extensa publicidade, nesta modalidade diferente das outras a observância ao princípio da publicidade (art. 53, § 4º) é inflexível. Após isso, é primordial que, antes do procedimento, que os bens propriamente avaliados, sob pena, de atentar o princípio da preservação patrimonial dos bens públicos; é o que emana do art. 53, § 1º, do Estatuto.

3.2.6 Pregão Presencial e Pregão Eletrônico

Apesar da Lei Licitatória n.º 8.666/93, vedar a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação delas, a medida provisória n.º 2.026, de 04/05/2000, instituiu, no âmbito da União, uma nova modalidade denominada Pregão. Só que a referida lei vedava a criação de outras modalidades de licitação, salvo se introduzidas por outra norma geral. Foi aí que a Lei 10.520, de 17/07/2002, converteu a medida provisória em norma geral, determinando também a sua aplicação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, o que acabou por dispensar estas entidades de editarem leis próprias sobre a matéria. O pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns em que a disputa pelo fornecimento é feita em sessão pública, por meio de propostas e lances, para classificação e habilitação do licitante com a proposta de menor preço. Sua grande inovação se dá pela inversão das fases de habilitação e análise das propostas, onde se verifica apenas a documentação do participante que tenha apresentado a melhor proposta.

O pregão como anteriormente tratado pode, inclusive, ser realizado na forma eletrônica. O uso das novas tecnologias, como a Internet, permite a participação de um maior número empresas interessadas, ampliando a competição e auxiliando o Poder Público na busca da melhor proposta. Ademais, essa modalidade é usada exclusivamente para aquisição de bens e serviços comuns, definidos em edital, aplicado a qualquer valor estimado de contratação, através de apresentação de propostas e lances, que podem ser de forma verbal em sessão pública ou até mesmo de forma eletrônica. Sua finalidade é a busca pelo menor preço e menor tempo na realização do procedimento licitatório.

Na esfera federal, o Decreto 5.450/2005 regimenta o pregão, na forma eletrônica. Esse decreto é autorizado no art. 2º, §1º da lei 10.520/02. O pregão, na forma eletrônica é executado pela ferramenta da Internet, que tem por finalidade o uso deste instrumento para comunicação entre os licitantes e o órgão público. Não mais, o pregão eletrônico possui o mesmo método do pregão presencial, com algumas ressalvas.

3.3 Dispensa e Inexigibilidade

A Dispensa de licitação é a possibilidade de celebrar um contrato entre a Administração e o particular diretamente, sem o processo de licitação. Nesses casos, o

administrador tem a faculdade de licitar ou não, levando sempre em consideração o interesse público.

A *dispensa* de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório. Diversamente ocorre na *inexigibilidade*, como se verá adiante, porque aqui sequer é viável a realização do certame. Há, porém, dois aspectos preliminares que merecem ser considerados. O primeiro diz respeito à *excepcionalidade*, no sentido de que as hipóteses previstas no art. 24 traduzem situações que fogem à regra geral, e só por essa razão se abriu a fenda no princípio da obrigatoriedade. O outro diz respeito à *taxatividade* das hipóteses. Daí a justa advertência de que os casos enumerados pelo legislador são taxativos, não podendo, via de consequência, ser ampliados pelo administrador. Os casos legais, portanto, são os únicos cuja dispensa de licitação o legislador considerou mais conveniente ao interesse público. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 345)

Ainda Segundo Carvalho Filho “O art. 24 do Estatuto indica as hipóteses em que a licitação seria juridicamente viável, embora a lei dispense o administrador de realizá-la [...] o próprio Estatuto ordena que não se realize o procedimento licitatório; tais hipóteses estão previstas no art. 17, I e II, do Estatuto, e referem-se a alguns casos específicos de alienação de bens públicos”.

Já na inexigibilidade de licitação, o Administrador não tem a faculdade para licitar, mas nesse caso, por não haver competição (inviabilidade lógica) em relação ao objeto a ser contratado, faltando, portanto, uma condição imprescindível para um procedimento licitatório.

A inexigibilidade está regulamentada no art. 25 da lei 8.666/93 que estabelece, em princípio que, sempre que a competição for impossível, a licitação será inexigível. Nesse sentido, o próprio artigo define que se considera inviável a competição em casos de aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, não sendo admitida a escolha de marca pela Administração Pública [...]. (CARVALHO, 2016, p. 475)

A problemática aqui abordada fomentou indagações quanto às falhas existentes na contratação por licitação inexigível, tendo em vista que não ocorre concorrência para realização de tal licitação, por se tratar da necessidade de objetos especiais com as características descritas na lei 8.666/93 em seu artigo 25, inciso I, II e III, onde o mau gestor, bem como todos que participam do certame, acabam por se beneficiar das brechas de não haver concorrência, devido às contratações com as empresas detentoras de produtos ou serviços, entre o licitante e outros envolvidos nesse processo licitatório.

Evidencia-se ainda que as questões existentes, acerca da inexistência de concorrência e por ser direta, ajudaram a nortear os estudos, levando a entender que a principal característica da inexigibilidade de licitação é a inviabilidade de competição, o que impossibilita a abertura de um certame licitatório, pois ele resultaria frustrado. A inexigibilidade diferencia-se da dispensa de licitação, que pode se constituir numa opção para o administrador, sendo que na primeira não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável, já a segunda dá ao gestor a possibilidade optar por fazer ou não a licitação.

Dentre as diversas formas de fraudes a simulação de uma causa de dispensa ou inexigibilidade visa safar-se de um processo licitatório ou de uma audiência pública e acordar imediatamente a empresa optada. A inexigibilidade de licitação é explanada nas seguintes hipóteses: a) para compra de materiais, equipamentos, ou gêneros que somente é fornecido por produtor, empresa ou representante comercial reservada proibido à preferência de marca; b) para acordo comercial de profissional seja qual for o setor artístico, diretamente ou através de empresário único, contanto que aclamado pela avaliação especializada ou pela opinião pública; c) para a admissão de serviços técnicos especializados enumerados no art. 13 da Lei nº 8.666/93, de estrutura singular, com especialistas ou empresas de notório domínio, proibida a inexigibilidade para serviços de publicidade e propaganda.

A Dispensa de Licitação é possível nos valores de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para bens e serviços e R\$15.000,00 (quinze mil reais) para obras de engenharia, situações de guerra, calamidade pública e emergência, bens perecíveis com urgência de aquisição, material para uso das forças armadas, entre outros. Quando a obtenção de um bem ou o acordo comercial de um serviço é realizada via inexigibilidade ou dispensa de licitação sem se encaixar nos casos mencionados acima, estamos à frente de uma fraude.

Esses tipos de fraudes podem coincidir em um mesmo certame licitatório, não sendo absolutamente planejadas de forma individual. Dessa maneira, é capaz, tendo como exemplo, em um mesmo processo de licitação, ocorrer simulações, superfaturamento do objeto, cartel entre concorrentes e cobrança para não sair da disputa.

4. FRAUDES NO PROCESSO DE LICITAÇÃO

4.1 O Procedimento Licitatório e a Lei de Improbidade Administrativa – 8.429/92

A Lei de Improbidade, sancionada em 1992, foi verificada e testado pelo Poder Judiciário no decorrer desses 25 anos. Apesar de ter se garantido como grande fronteira reguladora do direito administrativo sancionador, a abundante utilização prática exteriorizou brechas em sua implantação técnica. A Lei de Improbidade Administrativa pugna contra o exorbitante buraco dos tipos previstos na lei, o que acarreta abrangendo ações tão somente desproporcionais como se improbidade fossem, a carência de critério para aumento das penas estipuladas, a indispensável evidência do componente subjetivo e, nesse aspecto, a complexidade em se entender um ato de improbidade cometido de forma culposa, e em sentido oposto o impedimento da transação, acordo ou conciliação, o que cessa uma contradição dentro do ambiente em casos de convenção de leniência ou de delação.

Com o entendimento na doutrina majoritária e de acordo com a súmula 248 do TCU, não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, ou seja, o procedimento licitatório deverá ser anulado, em obediência aos princípios vigorados, da legalidade e do interesse público. Segundo no que tange a doutrina, o ato de ilegalidade nunca pode ser compactuado, por simplesmente decorrer de vício, ferindo o interesse público, objetivo principal da licitação.

Nesse mesmo sentido, à presença de documento falso dar existência uma ilegalidade no procedimento licitatório, além de que caracteriza um ilícito penal e, segundo o artigo 49 da Lei 8.666/93, atribuindo à administração pública anular a licitação consequente de uma ilegalidade no decorrer do procedimento.

Art. 49 A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. (BRASIL, 1993)

Sendo competência de a administração pública produzir a anulação de todo ato vicioso e irregular de forma que trama os efeitos posteriores, visto que sanados, poderá ser retomado.

4.2 Principais Modalidades de Fraudes em Licitações e as Falsas Exposições de Motivos para Contratação Direta

Como, lamentavelmente, este assunto encontra-se em incessante evidência, neste tópico examinam-se as categorias mais manipuladas, já que é corrente nos dias de hoje, extraviar dinheiro da população ou adquirir vantagens ao longo da licitação pública.

O Direcionamento traduz-se em coordenar a concessão do instrumento da licitação a um adversário preestabelecido, isto é, já é de conhecimento de todos, antecipadamente, quem será o vencedor do certame. A licitação é induzida para alguém. Em síntese, o nome do concorrente (vencedor) já é sabido procedimento licitatório ocorrer.

Em seguida, temos a *eliminação da concorrência*, que, é fácil observar, tem próxima relação com a dominação dos mercados. A relação é de causa e efeito: a eliminação da concorrência deriva do domínio do mercado.

Embora seja difícil modernamente admitir-se a concorrência perfeita, o certo é que ela regula e dá relativo equilíbrio ao mercado, porque a intenção abusiva de um encontra barreiras na atuação idônea de seu concorrente. É o regime de competição que cerceia a imposição de produtos e de preços e, dessa maneira, merece defesa no regime econômico. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 1157)

O *superfaturamento do objeto* representa no acordo comercial, atribuição manifestada pelo órgão público muito mais gravoso que a média do comércio. Neste sentido é essencial uma cumplicidade entre a empresa ganhadora e os agentes públicos fraudadores. O superfaturamento geralmente vem auxiliado de algum tipo de direcionamento. Na simulação de adversários, põe-se no conflito, licitantes que não existem ou que não percebem sua presença. Refere-se às chamadas “empresas fantasmas”, que não existem verdadeiramente, mas que assenta como modo de legalizar uma disputa. Inclusive, acontece de uma simulação ser usada com licitantes que existem, mas não estão de fato disputando o certame, ou seja, empregando a documentação de uma empresa e firmas falsas, o órgão licitante encena a sua atuação, transparecendo uma exterioridade de concorrência em uma licitação que desde logo dispõe de ganhador definido. Esta simulação pode suceder em cumplicidade com algum licitante tal como sem a legítima presença de concorrente.

Ademais, a simulação dos concorrentes, há também, a simulação do próprio instrumento da licitação, isto é, a entidade licitante, em parceria com a empresa vitoriosa, paga por um uma obra ou serviço que nunca existirá. A importância paga ao licitante, pela

efetivação simulada da transação administrativa, é distribuída entre a empresa e os agentes públicos trapaceiros. Pode ser, além disso, que o objeto ajustado venha a ser executado parcialmente, demonstrando, no processo que foi realizado em sua integralidade.

Carvalho Filho ensina (2016, p. 1158) “O domínio abusivo dos mercados no setor econômico se apresenta sob múltiplas espécies, dentre as quais se destacam os trustes, os cartéis e o *dumping*”. Vejamos as características desses fenômenos econômicos.

Truste (do inglês *trust*) é a forma de abuso do poder econômico pela qual uma grande empresa domina o mercado e afasta seus concorrentes, ou os obriga a seguir a estratégia econômica que adota. É uma forma impositiva do grande sobre o pequeno empresário.

Cartel é a conjugação de interesses entre grandes empresas com o mesmo objetivo, ou seja, o de eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente seus lucros. Diante do poderio econômico desses grupos, o pequeno empresariado acaba por sucumbir e, por vezes, se deixar absorver pelo grupo dominante.

O *dumping* normalmente encerra abuso de caráter internacional. Uma empresa recebe subsídio oficial de seu país de modo a baratear excessivamente o custo do produto. Como o preço é muito inferior ao das empresas que arcam com os seus próprios custos, ficam estas sem condições de competir com aquelas, propiciando-lhes uma inevitável elevação de lucros.

A Revogação do certame cobrado é uma conduta bastante corriqueira. O respectivo agente público, intendente pela licitação, cobra uma quantia da empresa ganhadora para tornar sem efeito o procedimento, ou melhor, fundamenta a revogação para acolhimento do interesse público, caso seu ganhador não acolher as suas imposições.

A cobertura é uma artimanha combinada pelos licitantes oponentes, visando fracassar o certame em um pregão presencial. Nessa modalidade, as empresas que partilham da sessão de lances são aquelas que oferecem ao instrumento da licitação com preço até 10% acima do menor preço e ainda delimita a presença de apenas três empresas, caso não persista preços incluso nos 10%.

O processo é simples, a empresa ganhadora mostra a sua proposta com valor competitivo ao mesmo tempo em que outras duas empresas expõe propostas com valores elevados, mas dentro dos 10%. O propósito é fazer com que apenas as três empresas participantes do acordo vão para lances e as duas empresas que cometem a cobertura renunciem dos lances para a terceira ser acabado.

Uma modificação dessa fraude é o denominado “mergulho”, onde uma das três empresas entra com uma quantia impossível, para que nenhum competidor fique anexo aos

10% (inclusive as duas empresas do acordo) e achem-se classificadas unicamente as três empresas do acordo.

Dentre as falsas exposições de motivos para contratação direta estão às licitações fictícias que abraçam um número considerável de empresas legitimamente constituídas em nome próprio (exclusivo) e outras fundadas em nome de medianeiros, os chamados “*laranjas*”, para dar ilusória mutabilidade aos ilícitos cometidos. Tem como foco primordial tecer número mínimo de participantes e dar provisão para empresas com as quais havia compromisso prévio ou que pertenciam ao mesmo grupo.

Têm-se, igualmente, provedor de notas fiscais “*frias*”, exemplo disso, no contexto de não ter ocorrido nenhuma saída, e consta uma quitação expedida por uma empresa “*laranja*”. A insuficiência de publicidade no embate é outro aspecto de fraudar a licitação que ocasiona falta de transparência e competitividade.

A escassez de controle interno provocado pela desorganização, pela necessidade de registro de entradas e saídas de mercadorias colhidas por parte da Administração gera fraude a licitação. No procedimento de inexigibilidade de licitação, quando não existe certame, há apenas um provedor de produto ou serviço, a fraude concorre nesta fissura do legislador para encaminhar e superfaturar ilegalmente. Verifica-se também para contratação de artistas experientes prestigiados pela crítica profissional ou pela avaliação pública.

Na hipótese de dispensa de licitação, a eventualidade de compras de valores muito insignificantes ou em casos extraordinários, como calamidade pública e guerra, viabilizam privilegiar empresas que superfaturam o provimento de tais serviços ou bens. E finalmente, a sistematização entre empresas que entraram no processo licitatório, previamente convencionado os valores que serão oferecidos no esforço de burlar e fraudar, afastando a disputa.

4.3 Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) - Riscos legais e financeiros do novo regime

O processo licitatório previsto pela Lei nº 12.462, de 4.8.2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), foi voltado preliminarmente aos megaeventos

esportivos a ser executada no país, especialmente a Copa das Confederações (2013), a Copa do Mundo (2014) e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, eventos já realizados por toda a unidade federativa. Em paralelo, essas obras de infraestrutura e os serviços tiveram como meta os aeroportos das capitais dos Estados, até 350 km, das cidades-sede dos referidos eventos.

Sucessivamente, foi ampliado o alcance desse novo regime, que passou a intermediar também os feitos associado ao Programa de Aceleração de Crescimento (PAC), as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e, por fim, as obras e serviços de engenharia para edificação, ampliação e reforma de instalações penais e unidades de atendimento sócio educativo.

As subseqüentes alterações legislativas, com a ampliação da incidência normativa do diploma primitivo, provocaram, obviamente, maior esfera de exceções relativamente ao Estatuto das Licitações, numa evidente demonstração de que este se tem mostrado obsoleto e inadequado ao regime geral de contratações – particularmente de obras e serviços de engenharia – firmadas pelo governo. Parece cada vez mais claro que o sistema da nova lei, derogatória do Estatuto, se inclina no sentido de tornar-se o regime geral em virtude dos objetivos que preconiza, que são: (a) ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; (b) promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; (c) incentivar a inovação tecnológica; e (d) assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública. (CARVALHO, 2016, p. 394/395)

São fases desse procedimento específico: (I) preparatória; (II) publicação do instrumento convocatório; (III) apresentação de propostas ou lances; (IV) julgamento; (V) habilitação; (VI) recursal; e (VII) encerramento. (art. 12).

A publicidade pode ser veiculada por disseminação direta aos fornecedores, por exposição em órgão oficial de imprensa, autorizado também em jornal diário de grande circulação, e por publicação em sítio eletrônico. Em conformidade com valor da obra ou serviço, converte-se dispensada a publicação em órgão oficial de imprensa.

O Regime Diferenciado de Contratações – RDC também será capaz de submeter-se caso não estejam oportunamente observado e precificado, é neste momento em que o RDC dá brecha a fraudes no processo licitatório, resultando em riscos intrínsecos às obras e serviços de engenharia convencionados sem a prévia preparação do projeto básico, ou seja, sem o pleno estudo do objeto a ser executado.

Verifica-se que a Administração ao não apresentar aos licitantes projetos básicos elaborados a partir de planos de necessidades, de estudos de viabilidades e anteprojetos discriminados e compactos, anulam informações fundamentais e imprescindíveis para análise de riscos e da existência de custos do projeto a ser executado, dando total brecha para a prática de fraudes.

Esta imprecisão pode afetar o resultado da licitação e também o término da obra perante a possibilidade do acontecimento de eventos que atingem os custos orçados, mas que não vieram devidamente identificados e precificados por ocasião da licitação. A companhia, em razão do aspecto ou do contexto econômico-financeira, poderá não lidar com esse acréscimo de custos sem o exame contratual, o que acarretará sérias dificuldades as finanças, à falência ou ao abandono da obra, ou às três situações, não obrigatoriamente nessa ordem.

4.4 Fraudes Cometidas por Agentes Públicos em Conluio com Particulares

Nos contratos afixados com a Administração Pública são estabelecidas sanções a parte que infringir o contrato. A Lei 8.666/93 criou alguns tipos de penalidades que contorna a licitação e os contratos administrativos, que estão firmados nos artigos 89 a 99 da predita lei, mas que só serão tratadas neste artigo algumas sanções, elas introduzem no seu polo passivo os administradores públicos, licitantes e terceiros, na probabilidade de descumprir a legislação aplicada às licitações.

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Art. 90. Frustrar ou 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.

Art. 92. 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: [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)
Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

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.

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 96. 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)

O crime do *caput* do art. 89 exclusivamente pode ser praticado por agente que constitua a Administração Pública. O tipo impõe a ação do servidor público (na extensão ampla do art. 84), pois o veredito de executar contratação direta concerne ao agente da Administração Pública. Estarão sujeitos às penalidades penais todos os servidores a quem pertencer o exame do cumprimento das formalidades indispensáveis à contratação direta. Destarte, será punível não apenas a autoridade intendente pela contratação, até mesmo o assessor jurídico que manifestou parecer favorável à contratação direta. O sujeito ativo da infração do parágrafo único é qualquer pessoa física que, não sendo o servidor público titular da aptidão para tomar a decisão sobre a não adoção da licitação numa possibilidade em que era necessária, tenha disputado para consumação da contratação direta inadequada ou daí tenha retirado benefício.

O sujeito ativo do art. 90, vez poderá ser o particular que participa da licitação quando o servidor público que intrometer-se na fase interna ou externa da licitação. A modalidade frustrada aprimora-se através da atuação que dificulta a disputa no processo licitatório já a modalidade fraudar envolve a cilada na qual o sujeito impede a validade do certame. O dolo requerido pelo art. 90 é especial, eis que é imprescindível à finalidade de obter (para si ou para outrem) vantagem, equivale na adjudicação.

Sujeito ativo no *caput* do art. 92 é o servidor público, contudo, o parágrafo único abrange a punição ao particular que desfrutou da irregularidade, claramente desde que tenha disputado para a consumação da ilegalidade. O crime se ajusta pela ação ou omissão que efetua vantagem indevida para o contratado, admitir significa concordar, de modo taxativo ou implícito, possibilitar assinala viabiliza ou dar oportunidade. Dar causa compreende qualquer ação ou omissão que conduza o resultado danoso.

O crime do art. 94, o sujeito ativo é o servidor público, no qual invadir o sigilo de proposta significa estudar o conteúdo de envelope lacrado apresentado pelo licitante à Administração. Apenas subsiste esse crime quando a proposta já tenha sido entregue a Administração, sob cuja guarda se encontre, também não haverá esse crime se dor devassado invólucro contendo a documentação para habilitação. A reprovação volta-se contra a violação do sigilo da proposta. O crime não abrange a substituição de uma proposta por outra, o que seria reprovado em outros termos, na hipótese “*proporcionar... o ensejo de devassá-lo*”, a configuração do crime depende da existência de ação ou omissão orientada a permitir ao terceiro a quebra do sigilo.

No art. 96 o sujeito ativo do crime é qualquer pessoa que participar de procedimento licitatório ou de contratação direta. A fraude, no caso, refere-se à finalidade da licitação (selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, mediante disputa entre os particulares). A expressão indica, de um lado, a frustração desse intento; de outro, a utilização de meio ardiloso que conduz a Administração a um equívoco. Esse equívoco consiste em supor que a proposta selecionada é a melhor do mercado, quando, na realidade, não o seria. Somente se aperfeiçoa o crime quando a Administração, após selecionar uma proposta, efetivar a contratação com o particular.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, analisou-se no segundo e terceiro capítulo o conceito de estado e o conceito de administração pública e suas funções administrativas, ao quarto capítulo a licitação de modo geral seus princípios, modalidades e os casos em que se preveem dispensa e inexigibilidade. No quinto capítulo analisaram-se as fraudes no processo licitatório, escolhendo como recorte de pesquisa, dispositivos legais à prática de fraudes, o regime

diferenciado de contratações – RDC, a falsa exposição de motivos para contratação direta, e por fim, fraudes cometidas por agentes públicos em conluio com particulares, e, ao final, as sanções previstas nos casos de fraudes em licitações.

Pelo que foi assistido até aqui às leis que regulamenta todo o procedimento de Licitações não são mansas, porém possui muitas lacunas. Estas lacunas são provocadas particularmente por duas razões, o primeiro em razão da data em que a lei foi divulgada, a realidade daquele tempo para o presente atual mudou formidavelmente, demandando de uma atualização, objetivando que esta atualização que vem o segundo item, a divulgação de leis complementares, que expandiram as lacunas, um modelo é o pregão eletrônico, que, em particular, favoreceu a participação de mais pessoas na disputa e dilatou a competitividade, por outro gerou transtornos de segurança, mas notadamente as irrupções por hackers, e também a fraude eletrônica, portanto, apesar de incontáveis compostos de segurança, nos dias atuais nenhum meio digital é cem por cento seguros.

Em uma concepção um pouco mais inflexível, a lei deveria ser refeita agregando o antigo e o novo, ocultando as brechas viventes e prevendo novas. Uma medida exequível de ser apoderada seria o histórico aprofundado das empresas que ensejam envolver-se no certame, apontando seus administradores, sócios e gerentes, apurando se há algum grau familiar com algum agente público que está adstrito sem intermediário com o certame, e até onde este grau de parentesco instigaria na contratação.

Outra mudança de atenuação de problemas seria que quando o ente público demandar de uma Licitação ele dirija o objeto da Licitação a um órgão que seja idealizado especificamente para esta função. O manifesto são ideias que hipoteticamente seriam aprovadas, seja pela pecúnia que demandariam, seja pelo inconveniente de fiscalização.

Em suma a Administração Pública careceria de tornar as penas mais severas e dilatar a fiscalização, além de fazer trabalhos de alcance com a população, para que esta se associe mais dos atos públicos, e ajude na vigilância. Quando a população coopera energicamente dos atos da Administração Pública, ela obtém conhecimento sobre o tema e as fraudes começam a minorar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÂMBITO JURÍDICO. **As funções da administração pública**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9000>. Acesso em: 22 mar. 2018.

ÁVILA, Humberto. **Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Público, ano 1, n. 1, abr/jun. 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2018.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

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

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado** – São Paulo: Saraiva, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. 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**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18666cons.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18429.htm>. Acesso em: 22 mar. 2018.

_____. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. **Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 04 ago. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>. Acesso em: 02 mai. 2018.

_____. Lei nº 10.520/02, 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] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.