

CARTÉIS EM LICITAÇÕES: ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS

DONDONI, Jorge Luiz¹
VIEIRA, Tiago Vidal²

RESUMO:

O assunto do presente artigo versa sobre cartéis em licitações, trazendo a compreensão dos aspectos jurídicos e econômicos e as implicações aos certames licitatórios, demonstrando como a fraude em licitações, por meio de cartéis, pode comprometer a identidade idônea de uma pessoa jurídica de direito público. Este Trabalho de Conclusão de Curso tem como premissa instruir como a licitação deve ser procedida, demonstrando com foco maior, principalmente, para os princípios da legalidade, moralidade e eficiência, recusados pela prática do cartel, mecanismo este que visa fraudar a finalidade licitatória. A prática de cartel nos processos de licitação prejudica a idoneidade da União, dos Estados e dos Municípios e a possibilidade da oferta de serviços por meio da concorrência justa, trazendo transtornos e a quebra da credibilidade de autoridades públicas, por empresas que insistem em driblar a forma correta de trabalhar esse processo de seleção para contratação de empresa que execute o melhor serviço à Administração Pública ao menor custo.

PALAVRAS-CHAVE: Cartéis, licitação, jurídicos.

CARTELES DE LICITACIÓN: ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS

RESUMEN:

El tema de este artículo presentada un análisis sobre los cárteles en la licitación, llevando la comprensión de los aspectos legales y económicos y las implicaciones de los concursos de licitación, demostrando cómo el fraude en la licitación, a través de los cárteles, puede comprometer la idoneidad de una persona jurídica de derecho público. Este Trabajo de Conclusión del Curso tiene como premisa instruir cómo se debe realizar la licitación, demostrando con mayor enfoque, principalmente, a los principios de legalidad, moralidad y eficiencia, rechazados por la práctica del cartel, mecanismo que tiene como objetivo defraudar el propósito de la licitación. La práctica del cartel en los procesos de licitación atenta contra la idoneidad de la Unión, Estados y Municipios y la posibilidad de ofrecer servicios a través de una competencia leal, provocando molestias y quebrantando la credibilidad de los poderes públicos, por parte de empresas que insisten en eludir la forma correcta de trabajar este proceso de selección por contratar una empresa que preste el mejor servicio a la Administración Pública al menor costo.

PALABRAS CLAVE: Carteles, licitación, jurídicos.

1 INTRODUÇÃO

À procura por maior otimização no desempenho das atividades da Administração Pública tem sido uma busca permanente dos últimos anos, principalmente, desde a modulação do princípio da eficiência na Constituição Federal de 1988, convertendo-se como um dos princípios no rol a que está subordinada a Administração Pública como um todo. A elevada cobrança social por melhor utilização do erário, tendo como consequência a prestação mais eficiente dos serviços públicos, tem sido

¹ Acadêmico do curso de graduação em Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz, Cascavel/PR, e-mail: jldondoni@minha.fag.edu.br.

² Docente orientador do curso de graduação em Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz, Cascavel/PR, e-mail: tiagovieira@fag.edu.br.

desempenhada em um cenário, em que os recursos públicos, na maioria das vezes, são insuficientes para suprir até mesmo as necessidades mais básicas da sociedade (BRASIL, 1988).

Essa importante necessidade de gerir os recursos do erário implica em atitudes que, têm como norte, a melhor contratação pública. Contratações com valores acima ou abaixo do necessário para os serviços contratados é uma realidade constante no Brasil e, muitas vezes, produto de processos licitatórios mal elaborados, com intuito fraudatório ou não, por atuação de um participante da licitação agindo isoladamente, ou seja, como produto de um consórcio criminoso entre licitantes, com ou sem a intervenção de agentes públicos. Com o objetivo de escolher pontualmente o licitante com a proposta mais eficiente para a Administração Pública, a licitação, por vezes, serve de ambiente para atos não espúrios à verdadeira natureza.

Não se trata apenas da eficácia da dotação dos recursos públicos que fica maculada neste ambiente, mas também se viola outros princípios constitucionais basilares que têm como objetivo resguardar a probidade do Estado, tornando-se, ainda mais gravoso, quando estas práticas criminosas contam com a participação de agentes públicos.

Os cartéis podem ser definidos como pactos, anuência ou mesmo permuta de dados sobre informações comerciais sensíveis entre licitantes com o intuito de transformar artificialmente a conjuntura de mercado com referência a bens ou serviços, restringindo ou eliminando os concorrentes. Os cartéis operam precipuamente por meio da imposição de preços ou de condicionamento da venda, restringindo a capacidade produtiva ou o parcelamento de mercados.

A lei nº 8137/90 considera, como crime contra a ordem econômica, o acordo entre empresas com o objetivo de fixar artificialmente os preços ou quantidades dos produtos e serviços, de controlar um mercado, limitando a concorrência. Prevê, para a prática, pena de dois a cinco anos de reclusão e multa.

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa. (BRASIL, 1990).

Além de crime, o cartel também possui proibição administrativa, a lei nº 12.529/11, que trata da estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e descreve, em seu texto, todos os atos que implicam na

formação de cartel. Nela, há previsão de penas administrativas para a prática.

Pelos motivos apresentados, os cartéis demonstram-se como uma perigosa violação aos cofres públicos, transformando-se em uma grave irregularidade que podem ser procedidos em certames licitatórios. Não é por acaso que a busca pela responsabilização dos agentes que fomentam essa prática ilícita é uma atividade prioritária para os órgãos de controle, especialmente, pelo Ministério Público e das Polícias Judiciárias.

Desta argumentação exposta, são extraídas a importância e a relevância do tema do presente trabalho para o ambiente acadêmico. A análise e a apresentação deste assunto no curso de Direito preparam futuros operadores do Direito para que contribuam na fiscalização do Estado Brasileiro, fazendo com que este aplique seus recursos de maneira proba, fazendo com que suas aquisições sejam feitas ao menor preço, sem favorecer empresa específica, respeitando os princípios da Constituição Federal que orientam a Administração Pública. Assim, é de fundamental relevância que os atuais acadêmicos dos cursos de Direito tenham compreensão de tal assunto e de que as licitações necessitam ser transparentes e econômicas. Certames licitatórios fiscalizados possuem regras claras e amplamente difundidas, facilitando que haja o maior número de licitantes participando e ocorrendo efetiva concorrência entre os participantes, as contratações públicas serão mais econômicas, em benefício do cidadão, sob orientação e fiscalização dos atuais acadêmicos e futuros manejadores do ordenamento jurídico.

O processo licitatório, no estudo do direito administrativo, é amplamente difundido, sendo importante destacar que este trata de um mecanismo da Administração Pública direta ou indireta, com o intuito de assegurar a efetiva compra de bens ou serviços para atender as demandas desta esfera. É importante acentuar que todo esse procedimento administrativo é regido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 8.666/93, fazendo-se obrigatória a observância das regras contidas no referido dispositivo legal, para empregar com legalidade o procedimento licitatório no âmbito da Administração Pública (BRASIL, 1993).

O respeito de tal procedimento tem como objetivo obter a proposta com maior benefício à Administração Pública. Com o processo licitatório, pretende-se estabelecer a disputa entre as empresas licitantes, tratando-as de maneira isonômica no processo, selecionando a melhor escolha para o efetivo cumprimento da atividade contratada, favorecendo o erário e, conseqüentemente, a todos os cidadãos.

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 3º, esclarece melhor o objetivo do procedimento licitatório, associando a satisfação de todos os princípios constitucionais da Administração Pública:

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

Este Trabalho de Conclusão de Curso tem como premissa instruir como a licitação deve ser procedida, demonstrando com foco maior, principalmente, para os princípios da legalidade e moralidade, recusados pela prática do cartel, mecanismo este que visa fraudar a finalidade licitatória.

A prática de cartel nos processos de licitação prejudica a idoneidade da União, dos Estados e dos Municípios e a possibilidade da oferta de serviços por meio da concorrência justa, trazendo transtornos e a quebra da credibilidade de autoridades públicas e empresas que insistem em driblar a forma correta de trabalhar esse procedimento.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 O CONCEITO DE LICITAÇÃO

Por diversas vezes, a Administração Pública se vê diante da necessidade de adquirir compras e serviços provenientes da iniciativa privada. Tal negócio jurídico se dará por meio de um contrato que, por meio de um ambiente competitivo, observará a supremacia do interesse público, buscando aquela proposta que seja mais vantajosa (BANDEIRA DE MELLO, 2019).

É nesse contexto que surge a licitação, estabelecendo os procedimentos que devem ser observados ao se contratar obras, serviços, incluindo os de publicidade, compras, alienações e locações em todas as esferas dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CRETELLA JÚNIOR, 2006).

Conforme conceitua Meirelles (2010, p. 257), “Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”. Tem como premissa maior a competição e, por isso, visa proporcionar isonomia nas oportunidades aos que pleiteiam contratar com a Administração Pública, dentro dos padrões preliminarmente ajustados pela Administração e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios jurídicos administrativos (GASPARINI, 2012).

É o meio técnico-legal de aferição do melhor cenário para a execução de obras e serviços, compra de materiais e alienação de bens públicos. Figueiredo (2011) ressalta que esse processo se realiza por meio de uma cadência ordenada de atos que ligam a Administração e as empresas licitantes, sem a observância dos quais é nulo o processo licitatório e, subsequentemente, o contrato.

O Tribunal de Contas da União assim define o procedimento licitatório: Licitação é o procedimento administrativo efetivo em que a Administração Pública convida, mediante requisitos estabelecidos em ato próprio, edital ou convite, empresas que possuem interesse na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços (NIEBUHR, 2015). O procedimento licitatório tem como objetivo garantir o cumprimento do princípio constitucional da isonomia e a escolher a proposta mais vantajosa à Administração, de forma a garantir oportunidade igual a todos os licitantes e facultar o quórum ao certame licitatório, do número mais elevado que se tenha possibilidade, de empresas licitantes.

Por fim, pode-se definir licitação como um procedimento administrativo, regido pela lei nº 8.666/93, que, tratando todos os concorrentes de maneira isonômica, visa obter a melhor proposta para Administração Pública à contratação de bens e serviços provenientes da iniciativa privada (BRASIL, 1993).

2.2 DA OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO

O procedimento licitatório se faz necessário na medida em que a Administração Pública tenha por objetivo contratar obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações. Tal obrigatoriedade está prevista expressamente no artigo 37, XXI da Constituição Federal de 1988, bem como nos artigos 1º e 2º do Estatuto das licitações - lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993).

Dessa maneira, como visto, a função da licitação é garantir a celebração de uma contratação com o aspecto mais conveniente ao interesse público, resguardando a oportunidade de todos os interessados, de forma isonômica, participarem do certame. Como Salienta Moraes (2020, p. 350), “Enquanto os particulares desfrutam de ampla liberdade na contratação de obras e serviços, a Administração Pública, em todos os seus níveis, para fazê-lo, precisa observar, como regra, um procedimento preliminar determinado e balizado na conformidade da legislação”.

Em consonância aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, as contratações que envolvam gastos ao erário, necessitam adotar as modalidades licitatórias previstas na lei, sob pena de invalidade, ou seja, devem obedecê-la com o rigor formalístico como precedente necessário a todos os contratos da Administração Pública, visando obter a proposta mais vantajosa e dar oportunidade a todos os licitantes de oferecerem seus serviços ou mercadorias aos órgãos estatais, assegurando, assim, transparência e licitude na contratação (NIEBUHR, 2015).

A participação da Administração Pública no pacto contratual compromete a res pública, devendo, portanto, a conduta pautar-se pelos imperativos constitucionais e legais, bem como pela mais absoluta e cristalina transparência (JUSTEN FILHO, 2019).

Deve-se interpretar tal obrigatoriedade tanto como a necessidade utilização da licitação para contratações do poder público, quanto como a correta utilização da modalidade prevista para determinada situação, conforme pode-se extrair dos ensinamentos de Meirelles (2018),

O termo “obrigatoriedade de licitação” tem duplo sentido, significando não só a compulsoriedade da licitação em geral como, também, a da modalidade prevista em lei para a espécie, pois atenta contra os princípios da moralidade e eficiência da Administração o uso da modalidade mais singela quando se exige a mais complexa, ou o emprego desta, normalmente mais onerosa, quando o objeto do procedimento licitatório não a comporta (MEIRELLES, 2018, p. 342).

Somente pode desobrigar a Administração, quer autorizando a dispensa de licitação, quando exigível, quer permitindo a substituição de uma modalidade por outra (artigo 23, §§ 3º e 4º da lei nº 8.666/93). O constituinte adotou a licitação como regra geral para as contratações da Administração Pública, razão pela qual as hipóteses em que esta pode ser afastada devem ser interpretadas de forma restritiva e taxativa, de modo a não ferir a finalidade da norma constitucional, bem como todos os princípios que a norma encerra (BRASIL, 1993).

Tal obrigatoriedade fundamenta a inquietação do legislador em reger um mecanismo de avançada notoriedade no fortalecimento do Estado Democrático de Direito, rechaçando condutas fraudulentas como o nepotismo e outros dirigismos que vão contra o interesse público (MORAES, 2020).

2.3 CONTRATAÇÃO DIRETA

Como citado anteriormente, a contratação originada pela Administração Pública dispensa, em muito dos casos, de prévio procedimento licitatório, porém, em circunstâncias excepcionais, a lei autoriza o afastamento do certame para efetuar a contratação direta (MORAES, 2020). Neste sentido, Justen Filho (2019) que,

A constituição acolheu a presunção (absoluta) de que prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia. Mas a própria Constituição se encarregou de limitar tal presunção absoluta, facultando contratação direta nos 4 casos previstos por lei (JUSTEN FILHO, 2019, p. 246).

A exigência da licitação garante que sejam observados todos os princípios já mencionados anteriormente. Dessa forma, o procedimento licitatório firmou-se como regra geral para a realização de todo contrato público. Existe, contudo, previsão constitucional no artigo 37, XXI, em que a Constituição Federal de 1988 deixa, em aberto, a capacidade de serem manejadas, por lei ordinária, as possibilidades em que a licitação não seja mais obrigatória (BRASIL, 1988).

Justen Filho (2019) expõe, com propriedade, sobre a necessidade de existirem circunstâncias em que a contratação deve se dar sem a realização do procedimento licitatório. Como é usual afirmar, a “supremacia do interesse público” fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação prévia para contratações da Administração Pública – o que significa, em outras palavras, que a licitação é um pressuposto do desempenho satisfatório pelo Estado das funções administrativas a ele atribuídas. No entanto, existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais.

O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa. Por isso, autoriza-se a Administração a adotar outro procedimento, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras (JUSTEN FILHO, 2019).

Essa maleabilidade não foi discricional. O legislador deixou claro sobre as hipóteses em que se impõem os certames licitatórios simplificados. Consonantemente, ajustou as possibilidades de não aplicação do regime formal do procedimento licitatório. A contratação na modalidade direta, não se traduz na falta dos princípios constitucionais que norteiam a atuação administrativa, muito menos se caracterizando uma livre atuação administrativa (BONAVIDES, 2019).

À Administração Pública fica imposto seguir procedimento licitatório determinado, destinado a assegurar, ainda nesses casos, a preponderância dos princípios jurídicos fundamentais. Continua o dever de observar a melhor contratação possível, dando tratamento isonômico a todos os possíveis licitantes (D’AVILA, 2001). Seria desmedido e irrazoável exigir-se todas as formalidades e custos do procedimento licitatório em determinadas situações contratadas pela Administração Pública.

Todavia, tais contratações diretas devem estar expressamente previstas em lei e não configuram discricionariedade do administrador. Mesmo a contratação direta está atrelada aos princípios básicos que regem tanto o Direito Administrativo, quanto o procedimento licitatório. Não se pode utilizar da dispensa ou da inexigibilidade da licitação como meio de se beneficiar determinados particulares ou interesses pessoais do administrador (D’AVILA, 2001).

Neste sentido, Justen Filho (2019) segue explicando que a contratação direta não autoriza prática arbitrária da Administração Pública. Com referência ao princípio da isonomia, isso expressa

que todas as empresas licitantes deverão estar em patamar isonômico. Ao selecionar uma empresa específica e, com ela, celebrar uma contratação, a escolha da administração deverá ser proporcional e fundamentar-se em critérios compatíveis com a paridade.

Ao TCU, já foi oportunizado deliberar a respeito, analisando a questão à luz do artigo 24, XIII, da lei nº 8.666/93, ressaltando-se que a justificativa para dispensar deve sobressair todos os requisitos imprescindíveis à configuração da condição prevista na lei e, no caso em que a exposição do objeto for relevante para definir a contratação direta, deve a autoridade administrativa alegar que as peculiaridades que restringem a licitação são necessárias e indispensáveis para satisfazer o interesse público (BRASIL, 1993).

A lei nº 8.666/93, em seus artigos 17, 24 e 25, determina os casos em que a licitação poderá ser dispensada, dispensável ou inexigível. Nestas hipóteses, a Administração Pública poderá realizar contratação direta de obras ou serviços em virtude dos princípios da eficiência e primazia do interesse público. Entretanto, importante ressaltar que a contratação direta deverá sempre ser exceção à regra e que o procedimento licitatório exista sempre que possível. A necessidade da licitação deve ser interpretada amplamente, situação em que a dispensa exige análise restritiva (BRASIL, 1993).

Após esta breve consideração sobre contratação direta, passa-se a conceituar, distinguir e elencar as principais hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação (JUSTEN FILHO, 2019).

A lei nº 8.666/93 também prevê em seus artigos 17, 24 e 25, os casos em que ocorrerá a dispensa ou inexigibilidade do certame licitatório. Contudo, a legislação é omissa quanto a um conceito que distinga o que vem a ser a dispensa e o que é a inexigibilidade da licitação. Desse modo, deve-se recorrer à vasta doutrina que trata com real profundidade do tema em questão, indicando-nos, assim, o que vem a ser licitação dispensada, dispensável ou inexigível (BRASIL, 1993).

A dispensa da licitação se dá nas situações em que, embora seja possível a realização do certame, o procedimento licitatório demonstra-se óbice ao interesse público. O artigo 24 do Estatuto das Licitações (lei nº 8.666/93) elenca os casos, nos quais, devido a circunstâncias especiais, a realização da licitação fica facultada. Quanto à inexigibilidade de licitação ocorrerá nos casos, em que a competição se demonstra inviável, conforme dispõe o artigo 25 da referida lei (BRASIL, 1993).

Ao se iniciar a análise dos pressupostos de dispensa de licitação, importante ressaltar que alguns doutrinadores fazem diferenciação entre procedimento licitatório dispensado e procedimento licitatório dispensável. A primeira, presente no artigo 17 da lei nº 8.666/93, seriam hipóteses em que o legislador impôs vedações à licitação, negando, assim, a faculdade do administrador de realizar ou não o procedimento licitatório (BRASIL, 1993).

A segunda, por sua vez, prevista no artigo 24 da lei nº 8.666/93, trata das causas, as quais caberia à Administração Pública, harmônico a um juízo discricionário, verificar a necessidade ou não de promoção do certame para a realização do contrato em questão (BRASIL, 1993).

Justen Filho (2019), por sua vez, contraria a relevância de tal distinção, por entender que, em ambas as hipóteses, cabe ao administrador optar ou não pela realização de licitação, ou seja, não assemelhasse de maior utilidade a discriminação entre licitação dispensada e dispensável. A diferença foi firmada a propósito das hipóteses dos artigos. 17 e 24, respectivamente da lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993).

O artigo 17 da lei nº 8.666/93 contém situações em que a licitação foi dispensada pelo próprio legislador. Já o artigo 24 da referida lei, traz autorização para dispensa de licitação por parte do administrador. Fazendo-se uma análise, não se afigura procedente a distinção. Em ambos os casos, o legislador autoriza a contratação direta. Essa autorização legislativa não é vinculante para o administrador (BRASIL, 1993). Ou seja, cabe ao administrador escolher entre realizar ou não a licitação. Essa competência administrativa existe não apenas nos casos do artigo 24. Aliás, se não fosse assim, o artigo 17 incluiria possibilidades que vedariam a licitação. Significa aceitar que é possível realizar procedimentos licitatórios nos pressupostos do artigo 17, desde que o administrador repute presentes os requisitos para tanto (BRASIL, 1993).

Uma vez que a Administração Pública, por meio de seu juízo discricionário, por motivo de oportunidade e conveniência, optar por dispensar a licitação para realizar uma contratação direta, essa deverá realizar a escolha do contratado de forma diligente e proba, respeitando todos os princípios administrativos já elencados anteriormente e de forma motivada (DALLARI, 2007).

Embora a lei não contenha um dispositivo especificando os requisitos do contrato na contratação direta, alguns deles decorrem implicitamente de determinados preceitos da legislação ou dos próprios princípios da licitação. Analisadas as hipóteses de licitações dispensáveis, começa-se, aqui, uma análise sobre as causas de inexigibilidade de licitação (DI PIETRO, 2020).

A inexigibilidade ocorre quando há impraticabilidade jurídica de disputa entre os licitantes, tanto pela natureza específica do negócio jurídico, quanto pelos objetivos sociais observados pela Administração Pública. A inexigibilidade está regulada no artigo 25 da lei nº 8.666/93 e traz, em seu corpo, hipóteses em que a competição é inviável, independente da vontade do legislador (BRASIL, 1993).

Em todos os casos, a competição é impossível, o que faz com que a licitação se torne inexigível. Não se pode tentar contratar a proposta mais vantajosa, quando apenas uma empresa é capaz de contemplar os requisitos da Administração para contratar.

Como regra geral, segundo exigência do artigo 37, XXI da C.F., os órgãos da Administração Pública somente podem adquirir bens e serviços precedido de certame licitatório. Contudo, o próprio comando constitucional autoriza a legislação infraconstitucional do tema a dispensar ou considerar inexigível a licitação preenchida determinados requisitos (BRASIL, 1988).

Como já mencionado, as hipóteses em que a licitação é dispensável estão dispostas no artigo 24 da lei nº 8.666/93. Também o artigo 25, da mesma lei, estabelece as hipóteses em que a licitação se torna inexigível (BRASIL, 1993).

Conforme o artigo 10, VIII da lei nº 8.429/92, constitui ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, qualquer conduta que importe frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente (BRASIL, 1992).

O comando legal deve ser compreendido amplamente de modo a conter tanto as situações de dispensa, quanto as situações de inexigibilidade, de maneira que, por inadequada dispensa de licitação, pode-se compreender toda a circunstância que facilitar a aquisição de bem ou serviço, ou a venda de bem pela Administração Pública sem certame licitatório e sem que de fato atenda aos requisitos de uma das hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade (DI PIETRO, 2020).

Constata-se disso que a dispensa impertinente de licitação ou a assimilação de que ela é inexigível, além de constituir circunstância de improbidade administrativa que atenta contra os princípios fundamentais da Administração Pública, conforme descrito no artigo 11 da lei nº 8.429/92, em especial, ao princípio da impessoalidade, facilita a prática de fraudes por empresas cartelizadas, visto que a dispensa ou inexigibilidade indevidas são estimuladas pela anterior vontade de contratar determinado fornecedor, evitando o risco de que não se consagrasse vencedor no certame em tela.

2.4 TIPOLOGIA DAS FRAUDES: ASPECTOS DESTACADOS E MODOS DE PREVENÇÃO

2.4.1 Tipos de fraudes

Objetiva-se, com este tópico, a apresentação do seguinte: das fraudes mais utilizadas por particulares e administradores; da forma como estas são utilizadas; de uma análise de casos jurisprudenciais; das condutas necessárias para a prevenção e fiscalização das fraudes; das punições presentes em nosso ordenamento para as pessoas envolvidas em tais crimes (DI PIETRO, 2020).

Fernandes (2016) informa que é de suma importância ressaltar que este trabalho não irá, e nem tem a pretensão, de esgotar todas as condutas que podem ser praticadas com o intuito de burlar

as licitações públicas. Via de regra, as contratações feitas pela Administração Pública com particulares, por meio de licitações, envolvem quantidade considerável de capital.

Razão esta que faz surgir, cada vez mais, particulares e administradores que, movidos pela ganância, encontram formas de ganhar dinheiro fácil, fraudando licitações e favorecendo-se do erário público. A licitação resultou-se na maneira mais segura de burlar a Administração Pública, porque se tornou perfeitamente possível manejar qualquer procedimento licitatório, mediante exigências de participação, peculiaridades do produto ou metodologia de julgamento injustificados e injustificáveis (GASPARINI, 2012).

Isso não ocorreria se prestasse mais atenção à lição de Renato Alessi: “o procedimento administrativo tem uma fase preliminar de tomada de decisões que vão condicionar o desenvolvimento da fase principal, e essa fase preliminar é relevante para o controle da licitação” (DALLARI, 2007, p. 88).

A fase preliminar, da qual trata a citação anterior, é grande destaque. Neste momento, serão definidos os rumos que a licitação tomará, com a descrição de seu objeto dos recursos hábeis para a despesa. Tal fase deve primar pela probidade, boa-fé, isonomia e eficiência. Contudo, mesmo que esta fase seja feita de forma planejada e diligente, os casos de licitações fraudulentas continuam a existir, vez que, a maioria destas, são executadas por pessoas da própria administração, direcionando, desde o princípio, o contrato para seus interesses particulares (JUSTEN FILHO, 2019).

Sendo assim, deve-se partir do pressuposto de que a utilização de um instrumento adequado para a realização dos contratos, a licitação, por si só, não é suficiente para garantir a segurança do erário público e da perfectibilização de um contrato regido pela isonomia. Um conhecimento técnico-científico sobre o sistema licitatório e sobre as condutas fraudulentas, certamente, é a maneira mais efetiva para o combate destas, pois, desta forma, é possível melhor identificá-las, distingui-las, preveni-las e, por meio dos mecanismos legais ao alcance de qualquer administrado, reprimi-las (GASPARINI, 2012).

Em todos os casos determinados como fraude, notam-se práticas ardilosas por meio das quais um sujeito tem a intenção de ludibriar outrem, atuando de maneira reprovável para obter alguma vantagem indevida. A fraude é o erro intencional gerado por meio de mecanismos antijurídicos para gerar vantagens em favor do fraudador. Nas situações de fraude, o agente delitivo não utiliza a força física ou psicológica, não havendo violência, passando a obter o resultado delitivo por meio de artifícios que anulam o senso de análise da outra parte, impedindo-a de perceber-se da má-fé do fraudador (JUSTEN FILHO, 2019).

Como exposto, a fraude se caracteriza pela conduta dissimulada que faz com que terceiros, que dela não participem, não consigam perceber a irregularidade e vejam aquele contrato de forma lícita. Figueiredo (2011) ressalta que tal conduta fere o seio do procedimento licitatório, colocando o interesse particular sobre o público, ferindo a isonomia, a concorrência, a probidade, a moralidade, entre outros. A Administração deixa de realizar a contratação mais vantajosa e finda por realizar um contrato muito mais oneroso, privilegiando apenas os fraudadores.

A criatividade e ganância humana são imensuráveis, razão pela qual se torna impossível elencar todos os meios utilizados para fraudar uma licitação. O que se pode fazer é, por meio de um estudo aprofundado sobre o tema, desenvolver meios de prevenção e detecção destes atos criminosos para, por meio dos dispositivos legais já postos, aplicar-se a devida repressão (MEIRELLES, 2010).

No que se refere ao direcionamento, como o próprio nome já diz, é a prévia determinação de quem deverá vencer o certame licitatório. A licitação é dirigida de forma que fique garantido a um determinado particular que este vencerá tal disputa. O direcionamento é mais facilmente identificado em duas circunstâncias específicas: em licitações que seguem a modalidade de convite e em editais altamente específicos nas demais modalidades (JUSTEN FILHO, 2019).

O convite trata-se de modalidade de licitação, em que a Administração convida três pessoas, que possam fornecer o bem ou o serviço de que necessita, para participação do certame. Embora, a legislação preveja a obrigatoriedade de ao menos três concorrentes nessa modalidade, não obriga a publicidade do convite na Imprensa Oficial (GASPARINI, 2012).

Deixando, destarte, ao administrador público a capacidade de escolher, dentre as empresas que exercem a atividade a ser contratada, quais serão convidadas para participar da licitação e, mesmo quando o convite é publicado, não o é de forma devida, permanecendo por pouco tempo em local de difícil acesso. Os atos da Administração Pública gozam de presunção de boa-fé, no entanto, nada garante que um administrador mal-intencionado e visando interesses pessoais não se utilize de sua discricionariedade na escolha dos convidados para convidar apenas um que realmente tem condições de oferecer o requerido (NIEBUHR, 2015).

Além do direcionamento, revezamento e do loteamento de licitações, outra destreza praticada pelo cartel em licitações públicas é a subcontratação, cujo o perdedor do certame licitatório tem garantido que será contemplado por ser o fornecedor àquela empresa, também definida, que venceu a licitação.

Com isso, podem-se compor como sinais de advertência do comportamento de um cartel em uma determinada licitação pública, as seguintes ocorrências:

- Desistência incomum por parte de um dos licitantes habilitado a perfazer o certame: nesta situação, a desistência é resultado do acordo no elo do cartel, sendo imprescindível verificar se, na mesma época, essa empresa ganhou outra licitação em outra localidade ou se tal empresa que renunciou auferiu valores como compensação pela desistência;
- Ausência de apresentação de proposta: apesar de habilitada e em perfeita condição de concorrer e vencer o certame, a empresa não apresenta proposta para a determinada licitação, ou seja, cede a participação em favor de outra empresa cartelizada;
- Diferenças entre as propostas com evidente desproporcionalidade: são notados valores contidos em propostas que não são explicadas de maneira lógica, tendo em vista a elevada margem de valores, com perceptível intuito de não conseguir disputar a licitação;
- Diferenças mínimas, na casa dos decimais, nos valores das propostas: quando os representantes das empresas cartelizadas disputam, principalmente, o pregão eletrônico e, não raro, estão reunidos juntos numa sala para poder combinar, com maior agilidade, os valores das propostas e, assim, obter o maior lucro possível;
- Erros ou rasuras na escrita das propostas: representam terem sido apresentadas por um único grupo econômico ou por empresas integrantes do sistema de cartel;
- Empresa que nunca ganham uma disputa licitatória: em procedimentos licitatórios, algumas das empresas somente são recrutadas para conferir apoio às demais empresas integrantes do cartel. Embora participem das licitações, os contratos fixados são inferiores, pois são integrantes de um plano ilícito maior do cartel;
- As conversas entre os representantes de empresas, por exemplo, num pregão presencial: Alinhamentos espúrios nas dependências que ocorre a disputa licitatória, realizado por representantes das empresas.

Com estes possíveis mecanismos expostos, que tentam ludibriar a Administração Pública, no campo do comportamento dos cartéis em licitações públicas, infere-se que os seus partícipes se reúnem em grupos para atender, principalmente, mercados regionalizados ou não. O integrante do cartel apresenta proposta que, todavia, contém erros que permitem a desqualificação do participante do certame, deixando de apresentar documentos essenciais exigidos no edital, por exemplo, sendo que seu êxito econômico será, posteriormente, participando da licitação, seja como empresa subcontratada, auferindo valores da empresa contratada sem desempenhar nenhuma função, entre outros meios.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo motivo da Administração Pública necessitar adquirir compras e serviços provenientes da iniciativa privada, tal situação se dará por meio de um contrato que, por meio de um ambiente impessoal, observará a supremacia do interesse público, buscando aquela proposta que seja mais eficiente.

Assim, surge o certame licitatório, estabelecendo os procedimentos que devem ser observados ao se contratar obras, serviços, incluindo os de publicidade, compras, alienações e locações em todas as esferas dos entes administrativos, sendo a obrigatoriedade prevista expressamente no artigo 37, XXI da Constituição Federal de 1988, bem como nos artigos 1º e 2º do Estatuto das licitações - lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993).

Como já citado, a instauração da licitação é garantir a celebração de uma contratação com o aspecto mais conveniente ao interesse público, resguardando a oportunidade de todos os interessados, de forma isonômica, participarem do certame.

Por outro lado, pode-se descrever o cartel como o trato entre empresas, que atuam num mesmo mercado relevante, à adoção de decisões sobre políticas comuns quanto a um determinado aspecto de atividades, principalmente, o aspecto financeiro. Assim, as empresas cartelizadas protegem a sua autonomia e apenas se submetem aos termos do acordo em particular âmbito de aplicação.

Os cartéis visam sempre a otimização do lucro e, para tanto, não medem esforços operacionais. Valem-se de todo o aparato para se manter na clandestinidade e, se preciso, recorrem ao emprego da corrupção. Não raro, atuam com a mesma ousadia e periculosidade de integrantes de organizações criminosas em seu sentido estrito, pois ameaçam os integrantes do cartel que descumprem os ajustes ilícitos.

Os cartéis são altamente prejudiciais à concorrência, pois geram dois efeitos rápidos à Administração Pública: o aumento de preço e a redução da oferta. Assim, quanto maior a duração do cartel, maiores os danos aos consumidores. Decorre, ainda, de sua atuação, o monopólio num dado mercado relevante às empresas cartelizadas, de forma que o consumidor deixa de experimentar inovações ou evoluções no mesmo segmento.

Os tipos de fraudes que podem ser explorados em carteis de licitação englobam desde o direcionamento para determinada empresa como também o loteamento de determinado certame licitatório, para que as empresas randomizem entre si a contratação com os mais variados órgãos públicos, utilizando, como exemplo, os seguintes mecanismos: Desistência inesperada por parte de uma das empresas, ausência de proposta, diferenças entre as propostas com manifesta desproporcionalidade, diferenças mínimas, em valores na casa dos decimais, nas propostas, erros ou

rasuras na redação das propostas, empresas que nunca vencem certame e as conversas mantidas entre os representantes de empresas num pregão presencial.

Pelos motivos apresentados, os cartéis demonstram-se como uma perigosa violação aos cofres públicos, transformando-se em uma grave irregularidade que podem ser procedidos em certames licitatórios. Não é por acaso que a busca pela responsabilização dos agentes que fomentam essa prática ilícita é uma atividade prioritária para os órgãos de controle, especialmente, pelo Ministério Público e das Polícias Judiciárias.

Desta argumentação exposta, são extraídas a importância e a relevância do tema do presente trabalho para o ambiente acadêmico. A análise e apresentação deste assunto no curso de Direito prepara seus futuros operadores para que contribuam na fiscalização do Estado Brasileiro, fazendo com que este aplique seus recursos de maneira proba, fazendo com que as aquisições sejam feitas ao menor preço, sem favorecer empresa específica, respeitando os princípios da Constituição Federal (1988) que orientam a Administração Pública. Assim, é de fundamental destaque que os atuais acadêmicos de Direito tenham compreensão de tal assunto e de que as licitações necessitam ser transparentes e econômicas. Certames licitatórios fiscalizados possuem regras claras e amplamente difundidas, facilitando que haja o maior número de licitantes participando e ocorrendo efetiva concorrência, as contratações públicas serão mais econômicas, em benefício do cidadão, sob a orientação e fiscalização dos atuais acadêmicos e futuros manejadores do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990**, defini crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e da outra providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

_____. **Lei nº 8.429 de 2 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. Brasília, DF: Senado Federal, 1992.

_____. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1993.

_____. **Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011**, estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Brasília, DF: Senado Federal, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

D'AVILA, Vera Lúcia Machado. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 10. ed. São Paulo, Fórum 2016.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 18. ed. São Paulo: Dialética. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4. ed. São Paulo: Fórum, 2015.

_____. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Fórum, 2015.