

Epítome sobre a licitação como instrumento da corrupção

Epitome on bidding as an instrument of corruption

Edimário Freitas de Andrade Júnior¹

RESUMO

O tema da corrupção, em especial envolvendo contratações públicas, tornou-se recorrente nos noticiários da imprensa nacional, uma vez que os processos de licitação, não raras vezes, são manipulados com a finalidade de dissimular atos ilícitos. Destarte, a partir de pesquisa bibliográfica, com o levantamento de referencial já editado em relação à temática ora discutida, bem como se valendo do método qualitativo, o presente artigo busca analisar de forma concisa e objetiva a corrupção a partir dos aspectos sociopolítico – enfatizando as repercussões no meio social e na política – e jurídico à luz do Código Penal e da Lei Anticorrupção (12.846/2013). Outrossim, será analisado as principais fraudes na licitação, exemplificando-as com casos concretos. Conclui-se que a licitação tornou-se verdadeiro simulacro de incentivo à corrupção, onde corruptos e corruptores valem-se do rito licitatório para relegar o interesse público em benefício a interesses privados, não conseguindo coibir a corrupção institucionalizada nos mais diversos segmentos da sociedade.

Palavras-Chave: Corrupção. Fraude. Ilícitudes. Licitação. Simulação.

¹ Atualmente é Advogado e Servidor Público na Prefeitura Municipal de Vitória da Conquista. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB) e Especialista em Direito Público pela UNIDERP-LFG. E-mail: edimariofreitasjr@gmail.com

ABSTRACT

The topic of corruption, especially when involving public contracting, has become a recurrent issue in the Brazilian press since bidding processes are often manipulated to conceal illicit acts. Based on a bibliographical research, considering the reference survey already published on this topic, as well as using the qualitative method, this paper seeks to analyze, concisely and objectively, the corruption from social and political points of view – emphasizing the repercussions in the social and political environment –, and legal point of view – considering the Brazilian Criminal Code and the Anti-Corruption Law (12.846/2013). The main frauds in bidding will be analyzed, thus exemplifying them with concrete cases. It is concluded that bidding processes have become a real simulacrum of corruption, where corrupt people/companies and corrupt bureaucrats use the bidding process to relegate the public interest to the benefit of private interests, failing to curb institutionalized corruption in the most diverse segments of society.

Keywords: Corruption. Fraud. Illegalities. Bidding. Simulation.

Recebido: 24-10-2018

Aprovado: 08-01-2019

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao pesquisar no Google as palavras corrupção e licitação, obtém-se como resultado cerca de 544.000 achados. O tema da corrupção, em especial envolvendo contratações públicas, tornou-se recorrente nos noticiários da imprensa nacional. A cooperação entre órgãos de Defesa do Estado revelou conluíus escusos envolvendo agentes públicos e particulares, inclusive valendo-se da licitação como meio para fabricar a legalidade de tais práticas defesas, objetivando a obtenção de benefícios e vantagens pecuniárias.

Exemplo disso é a operação *Lava Jato*, que expôs a atuação cartelizada de empresas em um “clube” para substituir concorrência real por concorrência aparente em certames públicos no âmbito da empresa estatal Petrobras.

Por força do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, a licitação é instrumento obrigatório às contratações promovidas pela Administração Pública, cujo objetivo é assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes, bem como buscar a obtenção da proposta mais vantajosa ao Erário.

Ocorre que o rito licitatório, por si só, não é suficiente no combate à corrupção, mas torna-se veículo garantidor de conluíus escusos e da falsa competitividade, lançando o véu da legalidade formal sob tais práticas ilícitas. Nesse sentido, o professor Adilson Abreu Dallari, ensina que “a licitação se tem transformado, sim, numa ritualística inconsequente, numa maneira de acobertar a fraude, de dar segurança àqueles que se aproveitam do dinheiro público” (DALLARI, 2006, p. 212).

Portanto, torna-se imperioso a discussão dos impactos do fenômeno da corrupção nas contratações governamentais, no que pese a licitação pública figurar como instrumento de “legalização” de atos ilícitos. Assim, a partir de leitura bibliográfica, será examinado o fenômeno da corrupção sob o enfoque sociopolítico e jurídico; e a identificação das principais fraudes no processo licitatório, exemplificando-as com casos concretos que mantêm pertinência temática.

2 O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO E SEUS ASPECTOS: SOCIAL, POLÍTICO E JURÍDICO

O termo corrupção não apresenta sentido unívoco na doutrina, comportando diversas acepções. Nas palavras de Furtado, “definir ou conceituar a corrupção, à semelhança dos fenômenos sociais, não constitui tarefa

fácil, [...] o termo corrupção tem sido utilizado para designar distintas situações” (FURTADO, 2015, p. 27). Para fins deste trabalho, conceitua-se corrupção como: a) o desvio da finalidade pública para satisfação de interesses privados, envolvendo agentes públicos e particulares; e b) entre particulares, a violação do interesse social da empresa e as práticas concorrenciais do mercado.

A corrupção não é fenômeno originário da contemporaneidade, mas que apresenta longa jornada histórica, inclusive remontando à Antiguidade. Nesse sentido, acrescenta-se a lição do advogado e ex-presidente do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, Hélio Saul Mileski,

(...) não significa que não tenha existido corrupção no passado. Muito pelo contrário, no decorrer da evolução dos povos e dos Estados, a história está repleta de fatos denegridores e escandalosos que foram proporcionados por governantes, independentes do título ostentado (Caciques, Faraós, Césares, Reis, Imperadores, Papas, Presidentes e outros não tão concorridos). (MILESKI, 2015, p. 341)

Bem verdade, que somente nas últimas décadas a sociedade, governos e organizações internacionais começaram a tratar e buscar medidas de combate à corrupção, porque tal fenômeno debilita as estruturas do Estado Democrático, ao passo que envolve ação destoante do interesse público, subjugando-o em favor de interesses particulares, causando prejuízos aos cofres públicos.

Posto isso, cabe examinar o fenômeno da corrupção no Brasil, a partir dos aspectos sociopolítico – enfatizando as repercussões no meio social e na política – e jurídico à luz do Código Penal e da Lei Anticorrupção (12.846/2013).

A corrupção no Brasil tornou-se supedâneo de sustentação do poder, constituindo-se relações cujos interesses políticos e de empresas se juntam, dando azo a práticas desonestas e prejuízos em cifras milionárias ao Erário.

Não por menos o país em 2017 teve a pior pontuação dos últimos cinco anos no ranking mundial de percepção da corrupção divulgado pela Transparência Internacional (TI), ocupando a 96ª posição. O Fórum Econômico Mundial (FMI), naquele mesmo ano, atribuiu ao Brasil a 80ª posição no índice de corrupção mundial. Aliás, segundo esclarecem Fortini e Motta (2016), em conformidade com os relatórios apresentados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e Transparência Internacional (TI), os custos com a corrupção alcançam cifras importantíssimas, incluindo os contratos públicos superfaturados, afetando a economia e os direitos dos cidadãos.

O professor e também subprocurador geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, Lucas Rocha Furtado (2015), ao analisar as repercussões da corrupção no meio social, explica que tal fenômeno afeta os níveis de qualidade de vida de toda a sociedade, todavia, as camadas mais pobres da população são as que mais sofrem diretamente as consequências da corrupção, uma vez que são beneficiários de programas sociais, esses vulneráveis à corrupção. Inclusive, em processos licitatórios conduzidos ilegalmente e assinalados pela corrupção, a primeira vítima desses ilícitos é o Estado contratante, o que, em última instância, importa em transferir o ônus pela contratação superfaturada a toda a coletividade.

A corrupção não se limita à esfera pública (corrupção pública), na qual são firmadas relações abjetas entre agentes públicos e particulares com a finalidade de desviar ilicitamente o interesse público em favor de interesses privados, mas também se insere na órbita privada (corrupção privada), quando as relações privadas afetam negativamente a economia, seja por fraudes contábeis, uso de informações privilegiadas em negócios e desvio de recursos econômicos, causando prejuízos aos interesses da coletividade.

Nesse sentido, Mileski explica que a corrupção privada é:

Fruto de comportamentos desviados por parte dos centros de poder e decisão de empresas privadas (administradores e cargos

diretivos), geralmente com projeção pública (entidades e estabelecimentos financeiros de crédito, empresas de serviços de investimentos, sociedades cotizadas de valores, companhias de seguro etc.), com a intenção de aproveitar lacunas legais e os defeitos estruturais das grandes companhias e do sistema financeiro para benefício próprio e em detrimento de outros interesses privados. (MILESKI, 2015, p. 355)

Em outro giro, a política brasileira mostra-se assolada pela corrupção, as diversas operações especiais realizadas por órgãos de controle do Estado e as notícias veiculadas pela mídia apresentam o retrato de um sistema de governo assenhoreado pela corrupção, tornando o Estado refém de governantes e particulares inescrupulosos que buscam na corrupção o meio para satisfação de interesses próprios.

Nesse ângulo, Ribas Júnior expõe que,

O poder político é uma situação em que surge e prospera a corrupção; os estudos de teoria política repetem, constantemente, a frase atribuída a *Lord Acton*, como já se viu anteriormente. “O poder tende a corromper. O poder absoluto corrompe absolutamente”. Daí se extrai que o exercício do poder, em si, provoca a conduta independente da índole do agente. A cobiça é secundária porque é da natureza do poder provocar a corrupção. (RIBAS JÚNIOR, 2014, p. 84)

A corrupção tem diversos efeitos na política, em especial, aliada ao financiamento eleitoral irregular que corrói a representação popular prevista no art. 1º, §1º, da Constituição Federal, substituindo-a por interesses vis. Furtado explica que “o exercício do mandato político deixa de ser a representação dos eleitores para se transformar na representação de financiadores de campanha” (FURTADO, 2015, p. 46).

Por sua vez, ao analisar a corrupção sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que tal conduta foi tipificada como ilícita, constando dos artigos 317 e 333 do Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal).

O art. 317 previu a tipificação da corrupção passiva, praticada por aquele que seja servidor público, em sentido estrito, que solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem, alcançando a ação do corrupto.

Por sua vez, o art. 333 do retromencionado novel tipifica a conduta praticada pelo corruptor, que oferece ou promete vantagem indevida ao funcionário público com vistas à satisfação de interesses privados. O legislador² brasileiro tão somente previu naquele diploma a corrupção pública, tratando-a como crime contra a Administração.

Por seu turno, a Lei Anticorrupção, nº 12.846/2013, busca repelir as condutas corruptas que lesam a Administração Pública (*e.g.*, fraude aos processos licitatórios³, subornos, sobrestar atividade investigativa de órgãos de fiscalização). Novamente, o legislador tratou de obstar a corrupção pública e diferentemente do Código Penal, aquele novel dispõe sobre a responsabilização objetiva cível e administrativa das pessoas jurídicas pela prática de atos em face da administração pública, nacional ou estrangeira, não excluindo a responsabilidade individual dos dirigentes, dos administradores ou de qualquer outra pessoa física.

A mencionada norma acabou por alavancar o programa de integridade (*compliance*), criando-se um código de conduta de observância obrigatória no ambiente interno da empresa, tornando-se mais transparente os ajustes com entes públicos, sendo tais condutas guiadas por princípios como da ética e boa-fé. Outro destaque é o acordo de leniência, onde a pessoa jurídica corruptora coopera efetivamente com as investigações quanto às infrações cometidas, podendo ter sua pena abrandada, inclusive afastando a incidência da proibição de contratar com a Administração Pública. Considerando o escopo deste trabalho, tais instrumentos jurídicos não serão clarificados.

² Importa ressaltar que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº PL 455/2016, para incluir ao Código Penal o art. 196-A, dispondo sobre a criminalização da corrupção privada.

³ Nesse sentido, o Marco Regulatório de Licitações, Lei nº 8.666/93, estabelece na seção III que as condutas ali previstas são tipificadas como ilícitas, constituindo crime contra a Administração Pública. Tais normas, de caráter penal, tutelam a licitação e a contratação administrativa, no que visa à correção jurídica, moral, financeira e econômica do Estado.

Por todos esses aspectos, é necessário reconhecer que a corrupção no Brasil, em suas diversas matizes, tornou-se obstáculo ao desenvolvimento social, político e econômico do país. Corruptos e corruptores se unem em empreitadas torpes com a finalidade de satisfazer seus interesses particulares, relegando interesses da coletividade e lançando a “pá de cal” sob a supremacia do interesse público.

3 A LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO DA CORRUPÇÃO: PRINCIPAIS FRAUDES AO PROCESSO LICITATÓRIO

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, a licitação fora erigida como norma constitucional, de observância obrigatória por todas as pessoas da Administração Pública, Direta e Indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive constituindo-se como regra às contratações públicas.

Por seu turno, em 1993, fora editada e promulgada a lei nº 8.666/1993, que dispôs sobre a instituição de normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública, regulamentando o art. 37, XXI, da Constituição Federal.

Ocorre que a lei de licitações e os procedimentos ali consignados tornaram-se instrumento de práticas abjetas envolvendo a corrupção nas contratações públicas. Corruptos e corruptores buscam no rito licitatório a guisa para simular atos ilícitos como se fossem legais.

Assim, sobre o tema ora em discussão torna-se salutar trazer à baila a eminente lição do jurista Adilson Dallari,

Há uma mística em torno da licitação, como se ela fosse uma garantia de honestidade. Não é. Uma licitação viciada, combinada entre todos os corruptos e corruptores, é o meio mais seguro de praticar a corrupção, pois, quando o contrato resulta de uma licitação, há uma presunção de licitude e, caso haja algum

problema, algum questionamento, a responsabilidade é diluída. (DALLARI, 2017, n.p.)

Nessa conjuntura, ressaltam-se as considerações tecidas por Fernando Borges Mânica sobre o tema, em artigo publicado no jornal Gazeta do Povo,

As maiores operações policiais do Brasil envolvem, em alguma medida, o processo de contratação pública, na maior parte das vezes realizado nos exatos termos da legislação. Isso não significa que todas as licitações realizadas no país contenham irregularidades, mas sugere que a legislação brasileira sobre licitações não torna o processo imune a desvios. Mais do que isso: é através da Lei de Licitações que muitas fraudes são cometidas com ares de legalidade. (MÂNICA, 2017, n.p., grifo do autor)

Ademais, conforme Verdélio (2015), em reportagem publicada pela Agência Brasil, o secretário-geral da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Ángel Gurría, relatou que as despesas públicas com processos licitatórios giram em torno de 25% das despesas totais do governo. Concomitantemente, há evidências que as fraudes em tais processos oneram em 20% ou mais, nos preços contratados pelo Poder Público.

Em vista disso, analisaremos a seguir as principais fraudes na licitação, sem querer esgotar os inúmeros artifícios da corrupção, exemplificando com casos concretos, onde a realização do processo licitatório lançou o manto da legalidade sobre atos corruptos. Ressalta-se que as considerações aqui tecidas não envolvem ardis na execução e fiscalização contratual.

3.1 O projeto “mágico”

A Lei Nacional de Licitações (LNL), em seu art. 6º, define o projeto básico como conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço. No pregão, o

legislador optou pela expressão Termo de Referência, sem que seu conceito afastasse daquele definido no artigo retromencionado. De tal sorte, a elaboração daqueles instrumentos deve espelhar o compromisso assumido pelo interesse público.

Contudo, a elaboração de Projeto Básico deficiente, incompleto ou com excessivo detalhamento, sujeita o processo licitatório à nulidade, devendo a Administração realizar nova licitação, bem como promover a responsabilização do gestor faltoso, conforme manifestação do Tribunal de Contas da União (TCU) no Acórdão nº 353/2007 – Plenário.

Nesse sentido, Santos e Souza expõem que “expressões genéricas e vagas, descrição confusa, imprecisa ou incompleta do objeto caracterizam grave irregularidade, por contrariar os princípios fundamentais da licitação” (SANTOS; SOUZA, 2016, p. 31).

É importante ressaltar que ante a complexidade na elaboração do Projeto Básico aliado à má-fé de agentes públicos, é possível que empresas interessadas “ofereçam” àqueles primeiros o Projeto Básico, os estudos preliminares e pesquisas de preços, quando não a minuta do instrumento convocatório, com a finalidade de que a licitação seja realizada aos seus moldes e essas saírem-se vencedoras do certame.

Exemplo disso é a denúncia do Ministério Público Federal (MPF) nos autos do processo judicial nº 813-61.2016.4.01.3311 que envolveu o esquema de corrupção em licitações no município de Camacã (BA) – inclusive em outros municípios do sul da Bahia –, onde empresas corruptoras elaboravam as peças dos processos licitatórios que iriam ser encaminhadas para as prefeituras, tais como aviso de licitação, edital, termo de referência, contrato etc.; frustrando a licitude do certame, com o intuito de obter, para si e para outrem, vantagem indevida decorrente da adjudicação do objeto licitado.

No que pese a pesquisa de preços, a LNL estabeleceu que as compras governamentais deverão ser precedidas de ampla pesquisa de mercado, inclusive tornou-se recorrente na Administração a prática de que 03 (três)

orçamentos são capazes de demonstrar a validade dos preços praticados no mercado. Ocorre que tal prática é demasiadamente simplória, sendo, inclusive, a simulação desses orçamentos fraudes comuns em processos licitatórios.

Na lição de Santos e Souza “a estimativa inadequada produz uma ilusão de economia e também gera outro fenômeno comum em compras públicas: o sobrepreço (SANTOS e SOUZA, 2016, p. 36). Nesse sentido, em denúncia protocolada pelo MPF de Osasco (SP), nos autos do processo judicial nº 0001897-03.2015.403.618, verificou-se que processos licitatórios para o abastecimento e operacionalização dos processos de logística de armazenamento, distribuição e dispensa de medicamentos e de materiais médicos e odontológicos foram instruídos por cotações fraudulentas, resultando em preços contratados acima do real valor de mercado.

Sendo assim, a elaboração de Projeto Básico vicioso ou Mágico, assim caracterizado por Santos e Souza (2016), refletem as situações fraudulentas expostas anteriormente, comprometendo a lisura do certame, prejudicando a competitividade e a obtenção da proposta mais vantajosa ao Erário.

3.2 Restrições editalícias

O art. 3º, §1º, da LNL prescreve a vedação aos agentes públicos em admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo. Por esse ângulo, Marçal Justen Filho expõe que:

A regra do art. 3º, §1º, I, significa que todos os possíveis interessados devem ser admitidos a participar e que a vitória de um deles deve resultar da apresentação da proposta mais vantajosa. São inválidas condutas ativas ou omissivas adotadas pela Administração Pública, formalmente constantes do ato convocatório ou não, que distorçam a competição. Nenhum licitante pode obter vantagens injustificadas ou enfrentar desvantagens indevidas na competição. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 93)

São exemplos de cláusulas restritivas já identificadas em processos licitatórios: capacidade econômica exagerada, certificado de qualidade como requisito de habilitação, exigência de alvará de funcionamento no município em que será realizada a contratação, atestados em número mínimo, máximo ou fixo, inclusive com limitação temporal, visita técnica restritiva, seja por conta dos prazos exíguos para a visita, seja pela limitação de quem pode realizar, exigência do visto do CREA ao local da obra, exigência de carta de solidariedade do fabricante etc.

Nessa perspectiva, no relatório final apresentada pela Polícia Federal (PF) após a realização da Operação Panatenaico, que investigou irregularidades na reforma do Estádio Mané Garrincha, constatou-se a existência de cláusulas restritivas no instrumento convocatório daquela obra, que inclusive comprometeu a competitividade do certame ao passo que direcionou a contratação em benefício de um particular em específico, vejamos:

Existem indícios de restrição ao caráter competitivo no processo de contratação das obras de construção do Estádio Nacional de Brasília referente ao Edital nº01/2009-NOVACAP? RESPOSTA: 78. Sim. Conclui-se que existiam cláusulas restritivas ao caráter competitivo do certame nos dois editais da Concorrência nº 001/2009 – NOVACAP (1ª PARTE – PRÉ-QUALIFICAÇÃO e 2ª PARTE – PROPOSTAS PREÇO).

1) FALTA DE PUBLICIDADE – AUSÊNCIA DE COMPOSIÇÕES DE CUSTOS UNITÁRIOS E DA PUBLICAÇÃO DA ÍNTEGRA DOS EDITAIS NA INTERNET;

2) IRREGULARIDADE NA EXIGÊNCIA DA CERTIDÃO DE PESSOA JURÍDICA DE OUTRA PRAÇA SER OBRIGATORIAMENTE VISADA PELO CREA/DF;

3) IRREGULARIDADE NA EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO – FINANCEIRA;

4) IRREGULARIDADE NA EXIGÊNCIA DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA EXCESSIVAMENTE ESPECÍFICOS;

5) IRREGULARIDADE NA EXIGÊNCIA DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA DE SERVIÇOS NOTORIAMENTE SUBCONTRATADOS; e

6) LICITAÇÃO EM DUAS FASES SEPARADAS (USO INDEVIDO DA PRÉ-QUALIFICAÇÃO). (...)

24. Logo, os Peritos Criminais foram contundentes ao afirmar que houve notório direcionamento durante o processamento em referência (Concorrência nº 001/2009 – NOVACAP), especificando minuciosamente as “falhas” (cláusulas restritivas) que levaram à vitória da AG e da VIA ENGENHARIA. Cumpre recordar que essa conclusão converge com as declarações dos colaboradores e lenientes sobre o conluio voltado a beneficiar a AG10 no âmbito do processo licitatório, o que, tudo indica, de fato ocorreu. (BRASIL, 2017, p. 41) (grifos do autor)

Assim, a inclusão de cláusulas restritivas à competitividade em editais de licitação desloca o interesse público em favor de interesses privados, que se beneficiam com aquele ato ilícito. Nas palavras de Santos e Souza, “o direcionamento de licitações públicas é um dos mecanismos mais comuns para se devolver ‘favores’ acertados durante a campanha eleitoral, bem como para canalizar recursos públicos para os agentes fraudadores” (SANTOS; SOUZA, 2016, p. 37).

3.3 Ausência ou pouca publicidade

A Lei de Licitações, nº 8.666/93, no art. 3º, consagrou o princípio da publicidade como mandamento ao processo licitatório, assim a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis os atos de seu procedimento, salvo exceções previstas em lei. No art. 21 do mencionado novel, o legislador impôs aos administradores a obrigatoriedade em veicular os avisos dos editais de licitações em Diários Oficiais e jornais de grande circulação.

Acontece que fraudes nas formalidades envolvendo a publicação dos extratos de editais tornaram-se prática corriqueira em processos licitatórios fraudulentos. Nessa perspectiva, agentes corruptos buscam burlar as exigências legais simulando as publicações, não promovendo a publicidade devida àqueles extratos ou constando nos extratos informações genéricas

do objeto licitado. Vide relatório de fiscalização da antiga Controladoria Geral da União (CGU), no qual constatou-se que o município de Ibirataia/BA, na Tomada de Preços nº 002/2007, havia falsificado uma página do Diário Oficial do Município, de modo a estampar uma imagem do aviso de edital da referida licitação.

A simulação de publicação é forma sofisticada de fraude. A mídia nacional, inclusive, já denunciou casos análogos ao retromencionado, como o que ocorrera no município de Mangaratiba (RJ), conforme matéria assinada por Amorim, no jornal Extra:

As investigações apontaram que a prefeitura de Mangaratiba pagava ao jornal “Povo do Rio” para rodar páginas falsas de exemplares que já haviam ido para as bancas. Nelas, eram incluídos anúncios de editais de convocação e resultados de licitações que, na verdade, não eram devidamente divulgados. — Na prática, apenas os envolvidos no esquema sabiam dos editais do município, que não chegavam ao conhecimento dos leitores. As edições alteradas eram guardadas na sede do jornal e na prefeitura, numa tentativa de respaldar contratos irregulares. (AMORIM, 2015, n.p.)

Em outro exemplo, o Parquet Federal, nos autos do processo judicial nº 805-39.2016.4.01.3308, constatou a ausência de publicidade em processo licitatório (Carta Convite nº 045/2013) realizado pelo município de Itaeté (BA), inviabilizando qualquer competição e isonomia entre concorrentes e a obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração, assim a licitação tornou-se um autêntico “ato secreto”.

Na lição do emérito professor Marçal Justen Filho,

A administração é serva da realização dos interesses coletivos e da promoção dos direitos fundamentais. Justamente por isso, a Administração Pública tem o dever de atuar de modo transparente, levando ao conhecimento público as propostas, os modos de satisfação concreta das necessidades e assim por diante. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 89)

Portanto, restrições ou simulações na publicação de editais configura flagrante ilegalidade e irrespeito aos princípios norteadores da contratação pública, em especial o da publicidade, cerceando (ou até mesmo excluindo) a competitividade inerente a tais certames.

3.4 Contratação direta indevida

O art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal excepcionou a contratação direta de bens e serviços pela Administração Pública, limitando-as às hipóteses previstas em lei. Inclusive, a Lei Nacional de Licitações, no art. 89, tipificou a conduta de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou inobservar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade como crime contra a Administração Pública.

Dessa forma, é comum observar a prática de tais delitos por agentes públicos que buscam falsear contratações ilegais, por meio de dispensa emergencial fabricada e do fracionamento de despesa.

A dispensa emergencial fabricada caracteriza-se pela ausência de providências e planejamento administrativo para instauração de processo licitatório, ensejando a deflagração, dolosa ou culposa, da contratação direta, com esteio no art. 24, IV da 8.666/93. O TCU, por meio do acórdão nº 1.876/07, sinalizou a possibilidade de considerar que a desídia do administrador pode justificar a contratação emergencial sem licitação.

Contudo, em sentido contrário, merece destaque a posição sustentada por Lucas Rocha Furtado:

Com a devida vênia, admitir que a inércia do administrador possa criar situação emergencial que venha a legitimar a contratação direta significa, na prática, abrir as portas para todo tipo de desmando em matéria de licitação. Esse tipo de raciocínio transformaria todas as regras e princípios constitucionais e legais acerca do tema em letra morta. Admitir que o contrato decorrente da contratação direta justificada por situações emergenciais criadas pela desídia do administrador seja válido, e

buscar apenas a punição desse administrador negligente, é entendimento que legitima o conluio entre administrador e empresa ou profissional contratado. (FURTADO, 2015, p. 140)

Exemplo disso fora a ação de improbidade administrativa proposta pelo MPF/BA em face de ex-prefeito e empreiteira contratada pelo município de Riachão das Neves (BA), objetivando prestação de serviços na reforma e ampliação de 71 (setenta e um) prédios escolares da sede e do interior do município de Riachão das Neves, tendo o Parquet verificado que as condutas dos indiciados configurou manifesta situação de “emergência fabricada”, resultando na dispensa indevida de licitação, operada de forma fraudulenta em benefício do particular contratado.

Por seu turno, o fracionamento indevido de despesa ocorre quando o administrador público fraciona a despesa para fraudar a modalidade licitatória, escapando de modalidade mais rigorosa. Tal prática fora vedada pela Lei de Licitações, conforme se observa do conteúdo estampado no art. 23, §5º daquela lei.

Exemplo disso é a Operação Sanguessuga, deflagrada pela antiga CGU em parceria com a Polícia Federal, que expôs esquema de fraude às licitações nos contratos públicos envolvendo a compra de ambulâncias e materiais hospitalares em diversos municípios do Brasil. Em ação proposta pelo MPF/BA, com esteio na Operação Sanguessuga, em face do ex-prefeito de Livramento de Nossa Senhora, ex-agentes públicos e empresários, observou-se a ocorrência de tal prática ilícita cometida pelos indiciados, tendo fracionado ilicitamente a aquisição de unidade móvel de saúde devidamente equipado e simulado a realização de duas cartas-convite.

3.5 Cartelização

A corrupção em contratações públicas não envolve exclusivamente a corrupção pública, mas igualmente a corrupção privada, em especial a for-

mação de cartéis. No artigo Técnicas Econométricas e seu papel inovador no cálculo do sobrepreço: o caso da Lava Jato, Vilhena *et al.* aduzem que:

Os cartéis formados por agentes econômicos podem assumir diferentes formas, como: fixação de preços; fixação de quotas de produção; divisão de mercados geográficos; fixação de nível de qualidade de serviços; fraude à licitação etc. (...)
Dada a grande soma de recursos envolvidos, os procedimentos licitatórios são frequentemente alvo de cartelização. Assim como nos cartéis que se formam no setor privado, os acordos entre agentes econômicos que exploram contratações públicas também têm como objetivo primordial eliminar ou reduzir a concorrência, de forma a aumentar as respectivas margens de lucro. (VILHENA et al., 2017, p. 21)

Consoante dados da organização *Transparency International* (2009), práticas fraudulentas, em especial a formação de cartéis com fixação de preços e subornos, encontram-se intrinsecamente vinculados com licitações fraudulentas, manipulação de processos de compra e concorrências públicas. Em 2009, em uma análise de mais de 230 (duzentos e trinta) casos de cartéis, revelou-se que quase 1/3 estavam associados a licitações fraudulentas.

A lei nº 12.529/2011 inclusive definiu tal conduta como exemplo de ilícito concorrencial, ocasionando restrição à disputa em licitações públicas. De acordo com Santos e Souza,

Cartéis são particularmente comuns em licitações, prejudicando os esforços do Poder Público em utilizar adequadamente os recursos em benefícios da sociedade, ao favorecer irregularmente empresas, que por meio de acordos entre si, fraudam o caráter competitivo dos certames. (SANTOS e SOUZA, 2016, p. 90)

A portaria nº 51/2009 expedida pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), em seu anexo I (Guia de análise de denúncias sobre possíveis infrações concorrenciais em licitações), apresenta, com base em dados da

OCDE, os principais esquemas de cartéis em licitações, quais sejam: a) Propostas Fictícias ou de Cobertura, b) Supressão de propostas, c) Propostas Rotativas ou Rodízio; e d) Divisão do Mercado.

Casos dessa natureza e que merecem destaque são as operações Saqueador e Calicute, realizadas pelo MPF em conjunto com a PF, envolvendo obras públicas no Estado do Rio de Janeiro, em especial a reforma do Estádio do Maracanã para a Copa do Mundo de 2014. Conforme denúncia apresentada pelo Parquet Federal nos autos dos processos 0057817-33.2012.4.02.5101 (Operação Saqueador) e 0509503-57.2016.4.02.5101 (Operação Calicute), verificou-se a consecução de crimes de fraudes à licitação naquelas obras, além da formação de grupo cartelizado que atuava para eliminar a concorrência nas grandes obras públicas executadas pelo governo estadual.

Em outro exemplo envolvendo a prática de cartéis em contratações públicas, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em 2015, condenou seis empresas acusadas de formar cartel em licitações para prestação de serviços no trânsito em um município de São Paulo. As empresas definiam as vencedoras das licitações, dividindo o mercado entre si, e, por consequência, as demais apenas ofertavam propostas de cobertura, com vistas a conferir o aspecto de legalidade àqueles certames.

Inegavelmente, a prática de cartéis nas concorrências públicas desnatura a competitividade do certame. Tais práticas provocam prejuízos aos cofres públicos, ante o superfaturamento nos preços praticados pelos cartéis nos contratos celebrados com o Poder Público.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A licitação, ainda que erigida pelo constituinte originário como regra às contratações públicas, objetivando a isonomia e a competitividade entre os concorrentes e a obtenção da proposta mais vantajosa ao Erário,

tornou-se verdadeiro simulacro de incentivo à corrupção, onde corruptos e corruptores valem-se do rito licitatório para relegar o interesse público em benefício a interesses privados.

Evidentemente que o processo licitatório não pode ser estudado e tampouco analisado destoante da realidade imposta pela corrupção, seja no setor público, seja no setor privado. Nas palavras de Maurício Portugal Ribeiro, o administrativista ingênuo “não via que a corrupção permeava as licitações e, em suas aulas, sempre ensinou a lei 8.666/93 como a última conquista do espírito humano para assegurar a melhor relação de qualidade/custo para a Administração Pública” (RIBEIRO, 2017, n.p.).

Portanto, a licitação, como mero processo administrativo, não conseguiu coibir a corrupção institucionalizada nos mais diversos segmentos da sociedade, mas tornou-se instrumento à prática de atos ilegais. Torna-se imperioso, aos órgãos de defesa do Estado, em especial as Controladorias, Ministério Público e os Tribunais de Contas, a constante vigilância às práticas desenvolvidas na Administração Pública, em especial as licitações e os contratos administrativos, bem como a revisão dos diplomas legais regentes do rito licitatório.

REFERÊNCIAS

AMORIM, B. Prefeito de Mangaratiba acusado de fraudar licitações é preso. **Extra**, Rio de Janeiro, 17 abr. 2015. Disponível em: <https://globo/2sIZuej>. Acesso em: 13 maio 2018.

BRASIL. Polícia Federal. **Relatório Final**: Operação Panatenaico. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2Jf9ZRp>. Acesso em: 14 maio 2018.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com alterações resultantes

da lei nº 8.883, de 08 de junho de 1994 e da lei 9.648, de 27 de maio de 1998. 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**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <https://bit.ly/28Sw9Xt>. Acesso em: 08 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. **Referencial de combate à fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública**. Brasília, 2017.

DALLARI, A. de A. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Sem planejamento orçamentário, licitação não evita corrupção. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 fev. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2JBPaiN>. Acesso em: 13 maio 2018.

FORTINI, C.; MOTTA, F. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

FURTADO, L. R. **As raízes da corrupção no Brasil**. Estudos de casos e lições para o futuro. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FURTADO, L. R. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos admi-**

nistrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MÂNICA, F. B. Você acredita em licitações? **Gazeta do Povo**, Curitiba, 03 jan. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2sItXck>. Acesso em: 13 maio 2018.

MILESKI, H. S. **O Estado Contemporâneo e a corrupção**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

RIBAS JÚNIOR, S. **Corrupção pública e privada – Quatro Aspectos: Ética no Serviço Público, Contratos, Financiamento Eleitoral e Controle**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

RIBEIRO. M.P. O administrativista ingênuo. **Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 337, 2017, Disponível em: <https://bit.ly/2JoBvrT>. Acesso em: 05 jun. 2018.

SANTOS, F. B.; SOUZA, K. R. de. **Como combater a corrupção em licitações**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Informe Global de la Corrupción 2009**: Corrupción y sector privado. 1. ed. Nova York: Cambridge University Press, 2009.

VERDÉLIO, A. Custo adicional por fraude em licitações pode chegar a 50%, diz OCDE. **Agência Brasil**, Brasília, 03 nov. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2Hop1yA>. Acesso em: 13 maio 2018.

VILHENA, E.J; PEREIRA, J. R.; CAMARGO, J. C. de; ALMEIDA, L. A. de; ALHO, M. R.; FILHO, N. D.; CAVALCANTE, R. J.; GOMES, R. M.; Técnicas econométricas e seu papel inovador no cálculo do sobrepreço: o caso da Lava Jato. **Revista do TCU**, Brasília, n. 138, p. 18-29, 2017.