

# DIRECIONAMENTO COMO FRAUDE NA LICITAÇÃO

Evandro Borges Arantes <sup>1</sup>  
Myllena Vilela Magalhães <sup>2</sup>

## RESUMO

Este artigo visa analisar os procedimentos licitatórios para aquisição de produtos e equipamentos, sobretudo em relação à competitividade entre os interessados no intuito de garantir a melhor proposta ao ente público. Assim, existindo no mercado modelos distintos que atendam completamente as necessidades da Administração, deve o órgão licitante identificar um conjunto representativo desses exemplares antes de elaborar as especificações técnicas e a cotação de preços, de modo a evitar o direcionamento do certame para marca ou modelo específico, com o propósito de atender ao requisito primordial da licitação, qual seja, a ampla pesquisa de mercado. Deste modo, é vedado ao poder público inserir cláusulas que inviabilizem a disputa e comprometam o princípio da igualdade entre os concorrentes.

**Palavras-Chave:** Licitação. Direcionamento. Livre concorrência.

## ABSTRACT

This article aims to analyze the tender procedures for procurement of goods and equipment, particularly in relation to competitiveness among stakeholders in order to ensure the best proposal to the public entity. Thus, existing on the market different models that fully meet the management needs, should the bidder body identify a representative set of those copies before drawing up the technical specifications and price quotations in order to avoid the direction of the event for specific brand or model, in order to meet the primary bidding requirement, namely, the extensive market research. Thus, it is forbidden to enter government clauses that impede the dispute and compromise the principle of equality among competitors.

**Keywords:** Auction. Direction. Free competition.

---

<sup>1</sup> Professor Orientador, Mestre em Direitos Humanos e Prestação Jurisdicional pela Universidade Federal de Tocantins Email: [evandro@catolica-to.edu.br](mailto:evandro@catolica-to.edu.br)

<sup>2</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins E-mail: [myllena.viela@gmail.com](mailto:myllena.viela@gmail.com)

## INTRODUÇÃO

O interesse em relação ao tema – O Direcionamento como Fraude da Licitação – surgiu no decorrer do Curso de Direito e na situação atual do país em que a mídia tem destacado vários casos de improbidade, decorrentes de conluio entre representantes de órgãos públicos e iniciativa privada, para burlar processos licitatórios de grandes obras, compras de medicamentos, e outros.

No estudo do Direito Administrativo denota-se a complexidade no trato da coisa pública com o propósito de cercar-se de garantias de boa gestão, deste modo, a exigência constitucional de concurso público para provimento de cargos de carreira e, quanto à aquisição de obras, serviços, compras e alienações, a indispensável licitação.

À Administração Pública, por não possuir autonomia para celebrar contratos, eis que não trabalha com recursos próprios ou disponíveis, impõe-se condições para assegurar o interesse público, restringindo o âmbito da discricionariedade do administrador quanto a escolha das pessoas a serem contratadas, pois a ampla liberdade poderia ensejar escolhas impróprias e escusas, desvirtuadas do interesse social. Desta forma, instituído o procedimento licitatório, subordinando a Administração a prestar contas e observar uma série de princípios e procedimentos previstos em lei.

No que tange à contratação com o Poder Público, as mais comuns formas de fraude são: fornecedores fantasmas, direcionamento, notas fiscais fictícias, propinas e subornos de fornecedores, pagamentos duplicados, produtos defeituosos/substituição de produtos.

A exigência de procedimento licitatório busca contornar esses riscos, privilegiando a estrita observância dos princípios da impessoalidade, eficiência e economicidade, que devem nortear os atos da Administração Pública. No caso, por ser um procedimento que

antecede o próprio contrato, faculta a concorrência entre os interessados, de forma isonômica, e propicia ao ente público a escolha da proposta mais vantajosa. A Constituição Federal da República brasileira, em seu art. 37 XXI, determina que “os contratos administrativos sejam precedidos de licitação pública”.

Justen (2011, p 251), adota o seguinte conceito:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção de proposta da contratação mais vantajosa, com observância ao princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

O doutrinador FAZZIO (2011, p 163), sobre licitação explicita:

Os contratos firmados pelo Poder Público, necessários para o exercício da ação administrativa, devem ser precedidos de procedimento que leve à consecução de melhores condições, convivendo com a preservação da impessoalidade entre os que se dispõem a contratar, a moralidade na condução procedimental e a publicidade de todos os atos do certame.

Dessa forma, qualquer pessoa física ou jurídica que tenha interesse, e cumpra os requisitos de lei, pode contratar com o poder público, desde que seja vencedor do certame. A licitação tem também o objetivo de assegurar ao administrado a oportunidade de concorrer em igualdade de condições com os demais interessados.

Ademais, o Estatuto das Licitações (Lei nº 8.666/93) procura, com riqueza de detalhes, regulamentar os processos de compras e serviços quando presentes recursos públicos, pois não são raros os casos de desvio de finalidade com licitações montadas no intuito de favorecer interesses privados em detrimento do erário, nos quais o fornecedor do serviço ou bens é selecionado por conveniência.

Percebe-se que a fraude em licitações está na contramão da tutela do interesse público, demandando assim um maior controle da atuação estatal contratante. Não coibir as

práticas fraudulentas em licitação implica, dentre outros, em não atender necessidades básicas ou fornecer à população produtos de baixa qualidade, em casos como, por exemplo, fornecimento de medicamentos e merenda escolar, ferindo frontalmente o princípio administrativo da eficiência.

A identificação dessas fraudes em licitação reclama estrito cumprimento das regras de formalização do processo, mediante a análise do edital, dos documentos apresentados pelos concorrentes e, sobretudo, observância da ordem dos atos procedimentais, dispensando-se especial atenção às irregularidades detectadas, tais como a existência de documentos sem assinatura, não autenticados, semelhantes de licitantes diversos, benefício à determinada empresa e não observância de prazos, etc.

Como bem ensina Garcia e Alves (2011, p 417):

O edital de licitação deve conter o valor estimado do contrato a ser celebrado, servindo de parâmetro à aferição das propostas que serão apresentadas. Não obstante a liberdade conferida à administração para a elaboração do edital, o custo da obra ou do serviço deve guardar correspondência com a realidade, sendo ilícita a fixação de valor estimado por demais elevado ou mesmo a aceitação de propostas em desconformidade com os preços praticados no mercado, o que acarretaria nítida lesão ao erário.

Direcionar é indicar, dar um rumo ou uma direção a uma licitação. O direcionamento de edital para privilegiar uma marca ou modelo de um produto é uma prática bastante utilizada nas licitações brasileiras. A sua apuração começa pela regra inserta no artigo 3º, parágrafo 1º, inciso I, da Lei 8.666/93:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

O referente artigo veda expressamente as “preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”.

Apesar de a Administração possuir discricionariedade para estabelecer exigências quanto ao objeto da licitação, em razão da sua necessidade concreta, não encerra possibilidade de desvirtuar o cumprimento do disposto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal estabelecendo que as exigências devam se limitar àquelas “indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

É preciso apurar se adequada a especificação do produto em detrimento da restrição da competitividade, principalmente quanto ao risco de abalar os princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

O artigo 7º, parágrafo 5º da referente lei, estabelece que:

É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

Aparentemente existe conflito entre dispositivos da Lei de Licitações, eis que o artigo 15 §7º I determina que nos procedimentos de compras deverá ser feita a especificação completa do bem a ser adquirido, sem a indicação de marca.

Existem situações em que o comprador poderá indicar a marca na especificação do objeto a ser licitado, sem que reste caracterizada a restrição de competitividade. Esta exceção decorre do princípio da padronização do objeto (compatibilidade técnica e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência

técnica e garantias oferecidas), que se encontra previsto no artigo 15, inciso I da Lei 8666/93.

Alguns julgados dos tribunais pátrios firmaram o entendimento de que a especificação de produtos ou de marca que não contenha a expressão “similar, equivalente ou de melhor qualidade” interfere na participação de outras empresas na licitação.

O estabelecimento de especificações técnicas idênticas às ofertadas por determinado fabricante, da que resultou a exclusão de todas as outras marcas do bem pretendido, sem justificativa consistente, configura afronta ao disposto no art. 15, § 7º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993. Devem se limitar ao estritamente indispensável à garantia do cumprimento das obrigações, de modo a atender o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal c/c os arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993.

Ainda sobre este tema, importante destacar a lição de Oliveira (2007, p. 311) quanto à distinção entre erro e fraude:

Havendo intenção de cometer o ato ou omiti-lo, está caracterizada a fraude. Se aquele item não estiver presente, trata-se de erro. O Conselho Federal de Contabilidade – CFC trata do assunto da seguinte maneira: fraude é o ato intencional de omissão ou manipulação de transações, adulteração de documentos, registros e demonstrações contábeis; erro, o ato não-intencional resultante de omissão, desatenção ou má interpretação de fatos na elaboração de registros e demonstrações contábeis. É importante destacar, ainda, que a responsabilidade primária na prevenção e identificação de fraudes e erros é da administração da entidade, através da implementação e manutenção de adequado sistema contábil e de controle interno.

## **2 DO PROCESSO DE LICITAÇÃO**

Este procedimento prévio, instituído para a contratação pública, possui princípios específicos, regulamentadores, que devem ser respeitados, tais como: (a) Probidade Administrativa: o certame da licitação deverá ser conduzido em estrita obediência à

moralidade, mas também as exigências de lealdade e boa-fé; (b) Julgamento Objetivo: este princípio visa impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora (art. 45 da lei). Deve cingir-se aos critérios objetivos de julgamento, não se submetendo às escolhas dos julgadores. (c) Vinculação ao Instrumento Convocatório: obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame. O edital é a lei interna da licitação e deve definir tudo o que for importante para o processo, vinculando os licitantes interessados e a Administração Pública.

A Lei número 8.666/93 divide as categorias de licitação por objeto: (a) Obra - considerada toda construção, reforma, fabricação, recuperação; (b) Serviço (inclusive o de publicidade) - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais; (c) Compra - toda aquisição remunerada de juridico portugues ingles onlinebens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente; (d) Alienação – É a transferência de domínio de bens a terceiros; (e) Concessões - Permissão para realizar algo; autorização, licença; (f) Locações: empréstimo de bem público, tendo em contrapartida prestação pecuniária, ou locação pela administração do bem de terceiro.

A referida Lei, em seu artigo 22, prevê cinco modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Posteriormente, a Lei n. 10.520/2002 instituiu a mais moderna modalidade de licitação, denominada pregão.

O licitante ao inscrever-se no certame, concorda com as regras exigidas, devendo ir até o fim, a não ser que ocorra motivo relevante que o obrigue a desistir da participação.

No tocante ao objeto da licitação, embora ambas as partes sejam obrigadas a cumprir fielmente o pactuado, o inadimplemento pelo particular contratado ou pela Administração pública possui efeitos diversos. Em virtude da supremacia do interesse público, ainda que Administração seja a responsável pela inadimplência, o contratado não poderá interromper a execução, em razão do princípio da continuidade do serviço público.

### **3 CARÁTER PÚBLICO E NÃO SIGILOSO DA LICITAÇÃO**

A expressão pública tem duplicidade de significado possuindo a característica de todos perante a sociedade em si, às claras, e no sentido de ser público aos que querem concorrer, os licitantes. O que mais ocorre no trâmite das licitações é a violação a essa publicidade, como forma de corrupção, evitando dar divulgação aos atos fraudulentos.

Assegura-se aos licitantes o sigilo de suas propostas para não comprometer o princípio da competitividade. Apesar disso, é corriqueira nas contratações públicas a inobservância deste requisito, permitindo o acesso às propostas alheias com a intenção de favorecer um determinado concorrente. Infringe, pois, a norma determinando que a proposta ser resguardada até o momento da abertura, em público, dos envelopes perante os participantes.

Impreterível, também, analisar se não há impedimento quanto aos interessados em participar da licitação, e se atendem os requisitos de habilitação e contratação. O

licitante que não satisfazer tais exigências será excluído da licitação e vedada sua contratação direta.

A livre participação em licitação não é absoluta. É taxativo o rol de quem não pode participar, direta ou indiretamente, da licitação. Salienta-se que a empresa a qual o autor do projeto a ser licitado seja dirigente, acionista, gerente ou responsável técnico está impedida.

O instrumento utilizado em grande maioria para burlar a licitação é o conluio entre os interessados, os quais previamente estipulam entre si propostas com intuito de ratear entre si o objeto da licitação. Em outra hipótese, alguns interessados constituem várias empresas entre si e, da mesma forma, apresentam propostas, de antemão já sabendo quem adjudicará o objeto licitado. Ambas as situações configuram fraude, sendo possível detectá-las na fase de habilitação.

Outras modalidades de fraude são o superfaturamento e a contratação de serviços fantasmas, ou seja, inexistentes.

O superfaturamento ocorre quando é cobrado sobrepreço, ou seja, valor superior ao normal ou ao do mercado, de forma que a Administração Pública pague mais do que realmente é devido. Comprova-se esse ilícito quando se compara o valor pago e os praticados no mercado.

As empresas fantasmas são aquelas existentes apenas no papel, constituídas apenas para o certame da licitação, não executam o serviço ou entregam o bem. Consiste em uma das formas mais comum de ludibriar a lei de licitações. O representante da empresa recebe para executar, porém, não é feita a obra/ serviço.

## 5 DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O ordenamento jurídico, instituído pela 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 prevendo os tipos de atos ímprobos e o procedimento para instauração de ação.

Conceitua Carvalho Filho (2012, p 194):

A ação de improbidade administrativa é aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de conduta de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e consequente aplicação das sanções legais, com escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa.

O sujeito ativo do ato de improbidade, nos termos do artigo primeiro e segundo, são os agentes públicos e terceiros. O agente público é aquele que exerce mandato, cargo, emprego ou função, com ou sem remuneração, mesmo que transitoriamente, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo em qualquer uma das entidades que podem ser sujeito passivo. Terceiro é aquele que induza ou concorra para prática do ato de improbidade ou dele se beneficia.

A lei refere-se a três espécies de improbidade administrativa: (a) Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito; (b) Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário; (c) Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública.

A natureza da ação de improbidade é civil, entretanto, em se tratando de servidor público, estará sujeito a sanções administrativas, sem prejuízo da ação penal. O terceiro também poderá ser responsabilizado criminalmente.

As sanções de improbidade devem ser aplicadas mediante a propositura da ação civil pública por ato de improbidade. Havendo prejuízo ao erário deverá ter pleito cumulativo de ressarcimento, sendo este imprescritível.

O julgamento da ação de improbidade, conforme firmaram as Cortes pátrias, inclusive do STF, compete ao primeiro grau de jurisdição juízo de primeira instância, sendo inaplicável o foro privilegiado por prerrogativa de função, eis que a Lei 8.429/92 silencia quanto ao tema e é posterior à Constituição Federal que instituiu tal distinção em razão de funções públicas de relevância. Apesar disso, o STJ decidiu que as ações contra membros do Judiciário devem ser propostas no tribunal ao qual os magistrados estejam vinculados.

As sanções podem ser aplicadas, isolada ou cumulativamente. O julgador deve levar em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente. Como ressaltado, ainda que prescritas as sanções, o pleito de ressarcimento ao erário subsiste em face de sua imprescritibilidade.

Posteriormente, a Lei 12.846/13 disciplinou a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, incluindo o Acordo de Leniência como instrumento para alcançar melhores resultados na apuração.

Importante ressaltar que o direcionamento em procedimento licitatório, quando derivado de conchavo entre os concorrentes, sem a participação de qualquer agente público, ensejará a responsabilização somente no âmbito penal, em face da inexistência de vínculo dos fraudadores com a Administração Pública, na condição de gestor ou servidor, portanto, não será instaurado procedimento administrativo disciplinar ou ação para aplicação de sanções decorrentes de improbidade administrativa.

De outra banda, se o direcionamento da licitação resultar de ato de gestor público ou servidores públicos, em conluio com o vencedor da licitação fraudulenta, todos os envolvidos serão responsabilizados no âmbito penal e civil por meio de Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa.

## **6 DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO**

Os órgãos de controle da Administração Pública apontam cinco espécies de direcionamento: (a) Fraudes devido ao dimensionamento da licitação, compreendendo o parcelamento indevido do objeto e a indivisão do objeto com o intuito de restringir o universo de licitantes; (b) Fraudes na especificação do objeto, em razão da indefinição, especificação de marca, padronização inadequada ou especificação restritiva; (c) Fraudes na elaboração do projeto do básico, seja descaracterizando-o, pela vinculação do autor do projeto com as empresas participantes da licitação ou direcionando para determinada empresa; (d) Direcionamento em função de exigências na habilitação quanto a qualificação técnica e econômico-financeira, previsão de itens irrelevantes e sem importância significativa em relação ao objeto em licitação; (e) Direcionamento em função dos critérios fixados para a pontuação técnica, utilização dos tipos de licitação melhor técnica e técnica e preço para serviços que não são de natureza predominantemente intelectual.

Nos casos enumerados acima se denota que a própria Administração, através de seus agentes, tem a pretensão de burlar o processo licitatório, inserindo em seu Edital condições que inviabilizam a ampla concorrência.

Os órgãos de fiscalização, sobretudo as Controladorias e Tribunais de Contas, identificam os indícios de fraudes principalmente analisando a documentação, com especial atenção a vínculos entre os sócios ou entre os responsáveis técnicos, a existência de “sócios-laranjas” e endereços fictícios.

## 7 ANÁLISE DE CASOS

O tribunal mineiro recentemente decidiu no que tange ao favorecimento indevido e direcionamento de objeto licitado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LICITAÇÃO - IRREGULARIDADES - INDÍCIOS DE FAVORECIMENTO INDEVIDO E DIRECIONAMENTO DO OBJETO LICITADO - SUPERFATURAMENTO DAS PROPOSTAS - INEXECUÇÃO PARCIAL DAS OBRAS LICITADAS - PRESENÇA DE DOLO - IMPROBIDADE CONFIGURADA (ART. 10, XII, E ART.11, AMBOS DA LEI 8.429/92) - APLICAÇÃO DAS SANÇÕES - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

Configura ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, além de atentar contra princípios da Administração Pública, o direcionamento de procedimentos licitatórios em favor de uma mesma empresa licitante, somado ao comprovado superfaturamento das obras licitadas e à parcial inexecução destas (art. 10, inciso XII, e art.11 da Lei 8.429/92). Na aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, o Julgador deverá levar em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente, em respeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e adequação na interpretação e aplicação do dispositivo. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0647.04.045292-0/001. Rel. Des. Geraldo Augusto. Data de Julgamento: 11/02/2014. Data da publicação: 24/02/2014).

Segundo o relator Des. Geraldo Augusto em seu voto:

Como visto, na ação de improbidade ora em apreço, requereu-se a condenação dos réus nos termos da Lei 8.429/92 em razão de irregularidades constatadas em licitações realizadas pela Prefeitura Municipal de São Sebastião do Paraíso e nas quais sagrou-se vencedora, de forma reiterada, a empresa Leão e Leão LTDA. Alegou o Ministério Público que referidos procedimentos e os contratos deles oriundos contém diversas irregularidades, que indicam o direcionamento dos certames em favor desta empresa, tais como a identidade de licitantes, ausência de publicação de atos, parcelamento de licitação, prorrogação irregular de contratos, inexecução de obras contratadas, dentre outras.

Restou comprovado no processo o favorecimento indevido, através do direcionamento da licitação à empresa Leão e Leão Ltda. e superfaturamento do objeto da licitação. No caso, a burla ao certame se configurou pela simulação, pois as várias empresas concorrentes na verdade constituem um único grupo empresarial, sendo os mesmos sócios. Nítida, pois, a violação aos princípios da administração pública.

A Corte tocantinense a presente apelação cível do Tocantins;

EMENTA: APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PREFEITO MUNICIPAL E CODENUNCIADOS - LICITAÇÃO FORJADA - AQUISIÇÃO DE PRODUTOS PARA A ÁREA DE SAÚDE – DIRECIONAMENTO DO CERTAME LICITATÓRIO PARA EMPRESA SEM EXISTÊNCIA JURÍDICA - PRODUTOS QUE NÃO FORAM ENTREGUES - PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA VIOLADOS - DOLO EVIDENCIADO. CONDENAÇÃO IMPOSITIVA.

1 - Os servidores que forjam a realização de uma licitação, usando indevidamente nome de empresa irregular, sem existência jurídica, e realizam o pagamento da compra sem, contudo, receber a correspondente mercadoria, acarretam evidentes prejuízos aos cofres do município e incidem em crime de improbidade administrativa.

2. Provadas a materialidade e autoria dos atos ímprobos, tem-se como materialmente prejudicada a Municipalidade, independente da prova da apropriação indevida da verba pública pelos agentes autores, restando violados os princípios da legalidade e da moralidade administrativa, circunstância bastante para a configuração dos crimes descritos na lei de improbidade administrativa.

3 - Condenação impositiva nas sanções dos artigos 10, caput, incisos VIII, XI e artigo 11, caput, incisos I e V, da Lei 8.429/92. (AC 5003835-98.2011.827.0000 – Relator Des. Daniel Negry).

Explanou o Relator em seu voto que as empresas concorrentes, com sede no Distrito Federal, eram inexistentes, inclusive a vencedora do certame, portanto, o procedimento licitatório para aquisição de medicamento foi completamente forjado com intuito de direcioná-lo à empresa Disprofam Distribuidora de Produtos Farmacêuticos, motivo pelo qual reformou a sentença absolutória e condenou o então Prefeito Municipal, Secretária da Administração e Presidente da Comissão de Licitação nas sanções da Lei de Improbidade.

## 8- FISCALIZAÇÃO COMO FORMA DE PREVENÇÃO

A fiscalização das licitações é exercida por diferentes órgãos e pelos cidadãos, sujeita ao controle externo e interno. O controle interno é efetuado pela própria Administração Pública, tendo em vista seu poder de autotutela, que se encontram firmados nas Súmulas n. 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, que dispõem:

SÚMULA N. 346: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PODE DECLARAR A NULIDADE DOS SEUS PRÓPRIOS ATOS.

SÚMULA N. 473: A ADMINISTRAÇÃO PODE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS, QUANDO EIVADOS DE VÍCIOS QUE OS TORNAM ILEGAIS, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS; OU REVOGÁ-LOS, POR MOTIVO DE CONVENIÊNCIA OU OPORTUNIDADE, RESPEITADOS OS DIREITOS ADQUIRIDOS, E RESSALVADA, EM TODOS OS CASOS, A APRECIACÃO JUDICIAL

Importante ressaltar que à autoridade competente incumbe a implantação do controle interno, além de organizar sua atuação de modo eficiente para que possa realizar a análise das despesas e dos atos praticados, visando otimizar a utilização dos recursos no intuito de preservar o interesse coletivo.

O controle externo da licitação é exercido por diferentes órgãos e pelos cidadãos. A fiscalização pode ser desempenhada pelo Ministério Público, de acordo com o art. 129 da CR/88, pelo poder Legislativo que realiza o controle político das contas do chefe do Executivo, hipótese em que o Tribunal de Contas atua como órgão de auxílio, emitindo parecer prévio e, também, no âmbito do próprio Poder Executivo, as Controladorias e Ouvidorias.

O controle externo também é exercido pela sociedade, sendo devidamente expresso na Constituição Federal, conforme o art. 74, § 2º, da CR/88, in verbis: “Art. 74. [...] [...] § 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

Os órgãos de fiscalização e controle, quanto ao aspecto técnico, desenvolveram planilha contendo itens específicos para o exame minucioso dos documentos que compõem o procedimento licitatório, como explica Affonso (2004, p. 178), detalhando os elementos que devem ser verificados para a detecção de fraudes:

Constituem elementos essenciais na detecção de fraude, devendo constar da Matriz de Planejamento, as questões de auditoria relativas a: — a regularidade formal e real dos procedimentos licitatórios; — a situação física e jurídica dos licitantes; — os termos e valores firmados; — a situação das obras; e — a identificação dos responsáveis envolvidos. Para tanto, é imprescindível a elaboração de um roteiro de verificações, abrangendo as entidades envolvidas, como se apresenta a seguir: 1 — NO ÓRGÃO REPASSADOR: identificar os convênios, objeto da análise, e levantar os valores repassados, as datas dos repasses, verificando a situação da prestação de contas. 2 — NO SIAFI E SIAPE: verificar a situação dos convênios e levantar o rol dos gestores responsáveis (nome, CPF, endereço e período de gestão), certificando o registro da situação dos convênios e identificando os responsáveis e respectivos períodos de gestão. 3 — NA ENTIDADE INTERVENIENTE (Caixa Econômica Federal ou outro): solicitar contratos de repasse, cópia dos processos e relatórios de acompanhamento das obras, certificando o registro da situação dos convênios e identificando os responsáveis e respectivos períodos de gestão. 4 — NO ÓRGÃO EXECUTOR: a) analisar formalmente os procedimentos licitatórios, bem como a compatibilidade entre as datas e o local do recebimento dos convites, o domicílio das empresas convidadas, as datas do início da execução da obra e/ou data dos pagamentos, analisando a compatibilidade cronológica dos fatos; b) verificar os contratos firmados, listando os dados da empresa executante, bem como de seus sócios proprietários e representantes (realizar os mesmos procedimentos no caso de sub-rogação de contratos), confirmando o real executor da obra; c) listar, em planilha, os dados dos participantes das licitações, relativos a: nome das empresas participantes; endereço e área de atuação; composição acionária; data da constituição e do registro na Junta Comercial; identificação completa dos sócios proprietários e dos representantes legais (nome, CPF e endereço), apurando a existência de pessoas coincidentes nas sociedades; d) levantar a identificação completa dos membros da Comissão de Licitação e do responsável pelo Termo de Aceitação da Obra (nome, CPF, endereço), avaliando a sua participação em eventuais irregularidades apuradas; e) comparar os contratos com os projetos básicos e executivos e a situação física da obra, bem como os pagamentos efetuados, verificando a compatibilidade dos itens contratados com os executados e os preços de mercado destes à época da execução; f) listar os

pagamentos efetuados e os beneficiários dos pagamentos, bem como os números dos cheques responsáveis e respectivos períodos de gestão. 3 — NA ENTIDADE INTERVENIENTE (Caixa Econômica Federal ou outro): solicitar contratos de repasse, cópia dos processos e relatórios de acompanhamento das obras, certificando o registro da situação dos convênios e identificando os responsáveis e respectivos períodos de gestão. 4 — NO ÓRGÃO EXECUTOR: a) analisar formalmente os procedimentos licitatórios, bem como a compatibilidade entre as datas e o local do recebimento dos convites, o domicílio das empresas convidadas, as datas do início da execução da obra e/ou data dos pagamentos, analisando a compatibilidade cronológica dos fatos; b) verificar os contratos firmados, listando os dados da empresa executante, bem como de seus sócios proprietários e representantes (realizar os mesmos procedimentos no caso de sub-rogação de contratos), confirmando o real ex emitidos, agência bancária e conta-corrente, por beneficiário, e comparar com os extratos bancários, apurando se a movimentação financeira corresponde aos pagamentos efetuados. 5 — NOS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS: solicitar cópias, de frente e verso, dos cheques relacionados, analisando a pertinência dos beneficiários e, ainda, possíveis endossos para outras empresas ou pessoas físicas. 6 — NA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO: solicitar o extrato da situação jurídica das empresas listadas, com as alterações de sócios, de endereço e de área de atuação, verificando a regularidade de sua constituição e do funcionamento à época das licitações e execução das obras. 7 — NO DOMICÍLIO DAS EMPRESAS: visitar os endereços das empresas, indicados nos documentos apresentados nas licitações e na Junta Comercial (atentando para a possibilidade de mudança de endereços), e, em caso de inexistência física no local indicado, solicitar informações de moradores e fotografar os locais indicados como endereços, documentando a inexistência física ou incapacidade operacional das empresas. 8 — NAS RECEITAS FEDERAL, ESTADUAL OU MUNICIPAL: solicitar a data da inscrição das empresas nos respectivos cadastros e a situação de funcionamento, no período analisado, verificando a idoneidade das Notas Fiscais. 9 — NO LOCAL DAS OBRAS: identificar os reais executores das obras, o estágio de construção, o material empregado e a compatibilidade da execução com os projetos aprovados, apurando se a apresentação física corresponde aos pagamentos efetuados, aos termos contratuais e às cláusulas dos convênios. 10 — JUNTO AOS BENEFICIÁRIOS: fazer entrevistas sobre a utilização das obras, avaliando o cumprimento do objeto dos convênios.

## 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a promulgação da Constituição Federal em 1988, prevendo maior rigor no trato da coisa pública, foram editadas as Lei 8.429 e 8.666, editados nos anos de 1992 e 1993, respectivamente, a primeira instituindo sanções para os agentes corruptos, bem como delineando os atos ímprobos; a segunda estabelecendo as várias modalidades de licitação, conforme valores e objeto, com o propósito de fortalecer os princípios

administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, para garantia do interesse público.

As fraudes em licitação geralmente são efetivadas mediante direcionamento de procedimentos licitatórios visando favorecer um dos concorrentes em prejuízo dos demais, mas, sobretudo lesa a Administração Pública, pois quebra a competitividade, e geralmente o objeto da licitação é superfaturado, além disso, ensejará enriquecimento ilícito dos agentes em detrimento do interesse coletivo.

Conclui-se que as principais fraudes nas licitações estão relacionadas a uma má formulação do edital, principalmente em dois requisitos; na forma de descrever o objeto a ser comprado, e nas condições de habilitação para empresas. O edital é peça fundamental para exercer o controle das licitações. É por meio do edital que o administrador especificará as necessidades a serem atendidas de forma clara e coesa.

A preocupação com a gestão dos recursos públicos e, de outro lado, com a crescente corrupção, tornou-se primordial na nova ordem constitucional, a qual previu o acesso a informações no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216, exaltando o princípio da publicidade como um dos meios de fiscalização, resultando na edição da Lei 12.527/2011. Com esta finalidade atualmente exige-se dos entes públicos a criação do “Portal da Transparência” em que todas as informações, inclusive quanto às licitações, devem ser disponibilizadas a todos os cidadãos.

Os Tribunais de Contas, da União e dos Estados, são os principais órgãos responsáveis pela análise técnica dos processos de licitação, visando apurar a incidência de irregularidades, deste modo, realizam minuciosa busca com o objetivo de identificar vestígios de fraude ou direcionamento nas licitações ou de qualquer outro ato contrário

às normas legais que cause dano ao erário, desfalque ou desvio de recursos, bens ou valores públicos.

Em síntese, não basta à edição de normas regulamentando o procedimento licitatório, se faz necessário controle por parte da Administração de verificar, aplicar as normas e, principalmente, o maior comprometimento dos gestores com o interesse público.

## REFERÊNCIAS

- AFFONSO, Neusa Coutinho. **Fraude em licitações de obras públicas**. Disponível em: <[http://www.ibraop.org.br/site/media/encontro\\_tecnico/2004\\_mg/fraudes\\_licitacoes.pdf](http://www.ibraop.org.br/site/media/encontro_tecnico/2004_mg/fraudes_licitacoes.pdf)> . Acesso em: 10 de fevereiro de 2016.
- ALVES, Rogério Paccheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa**. 6. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília : Senado, 1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. Rio de Janeiro: Editora Atlas S.A, 2015.
- CARVALHO, José Carlos Oliveira de. **Por dentro das fraudes**. São Paulo: Lex, 2007.
- CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo, 2015
- CASTRO, Róbinson Gonçalves de; GOMES, Luciano de Souza. **Administração Financeira**. 4ª ed. São Paulo : Editora Dialética, 2009.
- CARVALHO, José Carlos Oliveira de. Por dentro das fraudes. Disponível em: <http://www.oliveirae-carvalho.com/downloads/Fraudes%20-%20Obra%20-%20Por%20Dentro%20das%20Fraudes.pdf> Acesso em 05/04/2016.
- CASTRO, Fabiano. **A corrupção no orçamento: Fraude em licitações e contratos**. 2010.
- CITADINI, Antônio Roque. **Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas**. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei 8.884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 9ª ed. Belo Horizonte : Forum, 2011.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS (IBRAOP). **Fraude em licitações de obras públicas**. Disponível em: [http://www.ibraop.org.br/site/media/encontro\\_tecnico/2004\\_mg/fraudes\\_licitacoes.pdf](http://www.ibraop.org.br/site/media/encontro_tecnico/2004_mg/fraudes_licitacoes.pdf) . Acesso em 15 fevereiro 2016.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. Belo Horizonte : Forum, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14ª ed. São Paulo: Editora Dialética 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 36.
- MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Princípios do Direito Administrativo**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> .
- MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 8ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2008.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo : Atlas, 2009.
- REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Janeiro, Fevereiro, Março, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**, 25ª ed. São Paulo : Malheiros, 2014.