

Título : DA CONDUTA DO PREGOEIRO DIANTE DE INDÍCIO DE FRAUDE DURANTE O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO
Autor : Alcione Silva Quintas
Autor : Fabio Vilas Gonçalves Filho

DA CONDUTA DO PREGOEIRO DIANTE DE INDÍCIO DE FRAUDE DURANTE O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

FABIO VILAS GONÇALVES FILHO

Perito da PCERJ e Membro da Rede de Pregoeiros do Estado do Rio de Janeiro (REDEPREG).

ALCIONE SILVA QUINTAS

Advogada e Gerente da Rede de Pregoeiros do Estado do Rio de Janeiro (REDEPREG).

RESUMO

O presente artigo objetiva estimular o planejamento como conduta de boa gestão e, ainda, mitigar possíveis riscos durante os procedimentos licitatórios, buscando, sobretudo, por meio da narrativa de caso concreto sobre indícios de fraude em que agentes públicos tenham conduta ativa, relatar todos os indícios à autoridade superior para que esta instaure o devido processo de apuração, respeitando-se os princípios da ampla defesa e do contraditório para os envolvidos. A Lei nº 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA) – dispõe sobre a fraude no art. 155, inc. IX. Vale ressaltar que fraudes e corrupções são capazes de macular todos os procedimentos de uma boa gestão, trazendo prejuízos incalculáveis para a Administração, principalmente para coletividade destinatária final dos serviços públicos. Por isso, é sempre necessário maior controle gerencial por parte de toda Administração Pública.

1. INTRODUÇÃO

Há tempos muito se discute a respeito da lisura das licitações públicas face às inúmeras matérias negativas veiculadas nos canais de comunicação, fazendo com que a Administração Pública fique desacreditada perante a sociedade, ou seja, estigmatizada com a pecha de que licitação é um jogo de cartas marcadas.

Infelizmente, ainda se observa que o cenário atual das contratações públicas retrata notícias de fraudes e corrupções capazes de demonstrar a fragilidade e a necessidade de maior controle efetivo e de gestão por parte da Administração Pública.

Contudo, é notória a busca por uma gestão pública proba, eficiente e eficaz para o tratamento dos gastos públicos. Corroborando com essa afirmação, temos que um dos pilares da Administração Pública é o atendimento aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, segundo os quais o agente público precisa agir em conformidade com os normativos vigentes para melhor aplicar os recursos públicos.

A atuação proba e capacitada dos agentes públicos tem um papel fundamental na correta execução das atividades, evitando ou mitigando possíveis riscos de corrupção e fraudes capazes de desviar verbas públicas, tão prejudiciais ao atendimento do interesse público.

Na atualidade, com o advento da Lei nº 14.133/2021, observamos mudanças significativas, principalmente no que refere aos princípios, com destaque para o do planejamento, que faz com que os gestores adotem medidas para afastar todos os riscos das futuras contratações, com olhos fitos ao menor dispêndio para a Administração.

O planejamento, que outrora era apenas uma fase, na atualidade foi erigido ao patamar de princípio e, por exemplo, tem em seu bojo o metaprocesso, nos termos da Portaria Seges/ME nº 8.678/2021, que estabelece condutas para uma boa governança nas contratações.

O metaprocesso envolve diversas fases da contratação, entre elas o próprio princípio do planejamento, que abrange toda a fase interna, incluindo o Plano de Contratações Anual, o estudo técnico preliminar, o termo de referência e o mapa de riscos, a fim de mensurar os possíveis riscos para seu controle e prevenção, e, ainda, a fase externa, com a seleção do fornecedor. Ademais, o metaprocesso será um padrão para que os processos específicos de contratação sejam realizados.

Assim, destacamos inicialmente alguns artigos da Lei nº 14.133/2021 que demonstram a busca por uma eficiente gestão pública:

- Quanto aos princípios:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, **do planejamento**, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (Grifo nosso)

- Quanto à gestão por competências:

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover **gestão por competências** e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos: (Grifo nosso)

- Quanto à governança das contratações:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

[...]

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela **governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos**, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no **caput** deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações. (Grifo nosso)

Ocorre que, mesmo diante de inúmeros dispositivos legais para uma boa gestão, assim como no passado, na atualidade ainda nos deparamos com atitudes que configuram fraudes em licitações.

Quanto a esse aspecto de irregularidades, a Lei nº 14.133/2021 também destacou vários dispositivos a fim de combatê-las. Torres (2023, p. 827) argumenta que a nova Lei observou características interessantes das Leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002, contemplando um regime sancionatório que mescla os dois diplomas e apresenta alguns avanços.

É salutar combater essas irregularidades de fato, bem como criar incentivos e diretrizes como medidas de boa governança, com vistas a dar maior segurança aos gestores públicos e, ainda, não afastar os fornecedores éticos, interessados em contratar com a Administração Pública.

Parece-nos que o procedimento auxiliar de registro cadastral é um início. Vejamos o disposto nos arts. 87 e 88 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 87. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento.

[...]

Art. 88. Ao requerer, a qualquer tempo, inscrição no cadastro ou a sua atualização, o interessado fornecerá os elementos necessários exigidos para habilitação previstos nesta Lei.

[...]

§ 2º Ao inscrito será fornecido certificado, renovável sempre que atualizar o registro.

§ 3º A atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será avaliada pelo contratante, que emitirá documento comprobatório da avaliação realizada, com menção ao seu desempenho na execução contratual, baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos, e a eventuais penalidades aplicadas, o que constará do registro cadastral em que a inscrição for realizada.

§ 4º **A anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado**, de que trata o § 3º deste artigo, será condicionada à implantação e à regulamentação do **cadastro de atesto de cumprimento de obrigações**, apto à realização do registro de forma objetiva, em **atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral**. (Grifo nosso)

Observamos que o procedimento auxiliar de registro cadastral é um excelente incentivo aos licitantes sérios e cumpridores de seus deveres com a Administração e, por conseguinte, com a coletividade.

Na mesma linha, Justen Filho (2021, p. 1.191) aduz: “Logo, o desempenho do contratado na execução do contrato administrativo poderá produzir efeitos positivos ou negativos para ele. Isso consiste num incentivo ao sujeito adotar melhores esforços na execução dos contratos”.

2. CASO CONCRETO

No presente texto, a fim de fomentar o debate, relataremos um caso concreto ocorrido durante a condução de um processo licitatório na modalidade pregão e a correta conduta do pregoeiro diante de um “possível indício” de fraude ao certame.

Cumpramos ressaltar que a legislação aplicada ao caso concreto foi a Lei nº 10.520/2002 e o revogado Decreto nº 5.450/2005.

Pois bem, no dia e na hora agendados para a abertura da sessão pública do pregão eletrônico, o pregoeiro acessou o portal eletrônico por meio do qual foi realizada a licitação e iniciou a etapa de abertura do certame e a classificação das propostas.

Destacamos que, nesse portal de licitação, o licitante preenche o campo com os valores e as marcas do objeto, bem como tem a opção de anexar um documento que julgar necessário ou anexar por exigência editalícia.

Cabe frisar que, se o licitante optar em anexar documento junto à proposta, tal documento jamais poderá conter nome ou qualquer outro elemento ou símbolo que possa identificá-lo, sob pena de sua imediata desclassificação.

Durante a realização da etapa de classificação das propostas, o pregoeiro observou que duas empresas haviam anexados documentos no campo próprio do sistema eletrônico e procedeu a abertura desses arquivos.

O licitante que aqui chamaremos de “A” não identificou o conteúdo do documento, estando apto a ser classificado.

O outro licitante, que aqui chamaremos de “B”, identificou o conteúdo do documento, deixando claro o nome de sua empresa, o que ocasionou sua imediata desclassificação no certame licitatório por descumprimento ao disposto no edital sobre identificação de documentos e propostas na fase de classificação.

Os demais licitantes que ofereceram propostas e estavam aptos foram classificados no certame licitatório.

Suscitou assombro ao pregoeiro ao se deparar com algo mais sério quando analisou esses dois documentos anexados pelos licitantes “A” e “B”, pois o conteúdo de ambos era basicamente idêntico, até nos erros gramaticais, no tipo e tamanho das fontes, nos espaçamentos e nos valores apresentados. Ou seja, praticamente um era cópia do outro.

O pregoeiro, diligente com o intuito de resguardar a Administração Pública de qualquer irregularidade e descumprimento das legislações vigentes, elaborou um relatório circunstancial dos fatos ocorridos durante a fase de classificação das propostas, sugerindo abertura de procedimento investigatório para a apuração de responsabilidade em razão dos indícios de fraudes ao pregão, e o encaminhou para sua chefia imediata para conhecimento e providências.

O certame licitatório seguiu normalmente com as fases de disputa de lances, negocial, de habilitação e de declaração de vencedor.

Na fase recursal, aberta após a declaração de vencedor do certame licitatório, o licitante “B” desclassificado manifestou intenção de recorrer, discordando de sua desclassificação, e corretamente o pregoeiro concedeu o prazo para a apresentação de suas razões recursais.

As razões recursais foram resumidamente embasadas no inconformismo de sua desclassificação por ter se identificado na fase de apresentação das propostas.

O pregoeiro, acertadamente, decidiu por manter a decisão manifestada nos autos do processo licitatório e elaborou o relatório do recurso administrativo, encaminhando-o para julgamento pela autoridade superior, em atendimento à Lei nº 10.520/2002 e ao Decreto nº 5.450/2005, este último vigente à época dos fatos.

Vejamos o que dispõe o art. 4º, inc. XXI, da Lei nº 10.520/2002:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor.

E assim estabelece o Decreto nº 5.450/2005:

Art. 8º À autoridade competente, de acordo com as atribuições previstas no regimento ou estatuto do órgão ou da entidade, cabe:

[...]

IV - decidir os recursos contra atos do pregoeiro quando este mantiver sua decisão.

Com efeito, a autoridade superior, ao tomar conhecimento do relatório do pregoeiro, encaminhou o processo licitatório à assessoria jurídica para emissão de parecer sobre os fatos narrados ocorridos no certame licitatório.

A assessoria jurídica, em seu parecer, concordou com o relatório do pregoeiro e manifestou que era necessário abrir um processo administrativo de apuração de responsabilidade para investigar o possível indício de fraude no certame licitatório e eventual aplicação das respectivas sanções, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.

Sendo assim, a autoridade superior manteve a decisão do pregoeiro e julgou improcedentes as razões recursais, determinando a abertura de processo administrativo de apuração de responsabilidade face ao ocorrido no certame licitatório.

O que se observa na ação desse pregoeiro foi a busca pela integridade e lisura do certame licitatório, aplicando o entendimento das legislações anticorrupção, que constituem um importante avanço na responsabilidade objetiva das empresas privadas, responsabilizando administrativa e civilmente aqueles que praticam atos contra a Administração Pública.

A Administração Pública está em constante ajuste em busca de uma atuação proba, ética, em conformidade com a garantia de que não ocorrerão atos ilícitos que possam ferir e macular o bom funcionamento de suas atividades e fins a que se propõe.

Portanto, a busca pela integridade e ética do agente público configura uma ferramenta de prevenção à corrupção e é indispensável à melhoria da eficiência e do ambiente ético do serviço público como um todo, além de resultar em um cenário de bem-estar para toda a sociedade. Ainda, visa que pessoas jurídicas que se relacionam com a Administração Pública criem os chamados *mecanismos de integridade*, destinados a inibir, prevenir e reprimir a prática de ilícitos.

O presente caso trazido ao conhecimento do leitor, no qual as propostas apresentadas pelos licitantes “A” e “B” eram praticamente idênticas, foi indício suficiente para embasar a atitude diligente do pregoeiro em realizar consubstanciado relatório informativo acerca do ocorrido e enviá-lo à autoridade competente.

Devemos considerar ainda que, no curso de processo administrativo de apuração de responsabilidade, os licitantes têm todos os direitos assegurados constitucionalmente, incluindo a ampla defesa e o contraditório.

Aliás, vale ressaltar o disposto na Lei nº 10.520/2002:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, **comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios** e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais. (Grifo nosso)

Quanto à apresentação de propostas no processo licitatório com idêntica padronização, destacamos a conclusão de conclusão de conclusão e declaração de inidoneidade proferida pelo Tribunal de Contas da União em diversas oportunidades, como, por exemplo, o Acórdão nº 1.292/2011 do Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Sherman. Vejamos:

[...] **Irregularidade: Apresentação de propostas de empresas diferentes com idêntica padronização gráfica ou visual**, tendo em vista as propostas das licitantes CJ Construções Ltda., IF Terraplenagem e AJ Ferreira – Serviços de Urbanização – ME, apresentarem configuração gráfico-textual bastante similar, como, por exemplo, na formatação das tabelas, tabulação interna (apesar da ausência de divisão interna na da AJ Ferreira), na justificação (colunas ‘ITEM’ e ‘UND’ ao centro e ‘DISCRIMINAÇÃO’, ‘QUANT’, ‘P.UNIT’, ‘S.TOTAL’ e ‘TOTAL’ à esquerda). (Grifo nosso)

No mesmo sentido de reconhecer fraude e declarar a inidoneidade da empresa, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 3.190/2014 do Plenário, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, decidiu:

[...] **as propostas das três empresas tinham a mesma diagramação, mesmo formato, mesmo número de páginas, mesma itenização e mesma redação das propostas. Alguns detalhes chamam atenção e indicam que foram elaboradas por uma mesma pessoa ou um mesmo modelo. Os dados das empresas, no alto das páginas, estão com alinhamento ‘justificado’ e o nome da empresa sublinhado. Outras ‘coincidências’ são flagrantes: o destinatário ‘à Comissão de Licitação’ está sublinhado; em todas não há espaçamento no texto após uma vírgula.** (Grifo nosso)

Destacamos, ainda, a decisão do Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 730/2004 do Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues:

[...] **A fraude se revela com os sinais, identificados no relatório**, constantes das propostas da Asli e da Mestra, no Convite 8/2002 (fls. 19/20 e 21/2), bem como da Asli e da Dialimentos, no Convite 3/2003 (fls. 25/6 e 27/8), **que indicam haver sido formuladas a partir do mesmo arquivo eletrônico, com idêntica formatação de números - separador de milhares ativado ou desativado nas mesmas células - e erros de grafia iguais.** (Grifo nosso)

Portanto, do teor dos acórdãos ora apresentados, verifica-se que de fato o pregoeiro que conduziu a sessão do pregão à época agiu exemplarmente, pois se trata de um dever-poder diligenciar quando estiver em dúvidas sobre a veracidade de documentos que lhe forem apresentados.

A conduta do pregoeiro no referido caso concreto de indício de fraude não poderia ser diferente, sob pena de responsabilização, pois a omissão do agente público pode configurar crime contra a Administração Pública, sendo passível de aplicação de sanções.

Ocorre a improbidade administrativa por omissão do agente público quando este deixa de agir ou não providencia as medidas necessárias para impedir prejuízos à Administração Pública ou à sociedade de acordo com os enquadramentos legais. Vejamos, como exemplos, o Estatuto dos Servidores Públicos Federais e a Lei de Improbidade Administrativa:

Lei nº 8.112/1990:

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposos, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

Lei nº 8.429/1992:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

3. REFLEXOS DA VIGÊNCIA DA NOVA LEI Nº 14.133/2021

E na atualidade, diante da Lei nº 14.133/2021, quais dispositivos embasariam a conduta do pregoeiro em situação similar à apresentada?

Primeiramente, antes de adentrarmos em questões de irregularidades administrativas, é interessante destacar que a NLLCA inaugurou um novo capítulo no Código Penal: II-B – Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos.

Leandro Sarai (2021, p. 1.458) aduz: “Se o objetivo da Lei é garantir a melhor contratação para a Administração, com observância dos princípios do art. 5º da Lei, a tipificação penal funciona para inibir as práticas intencionais de violação desses objetivos”.

Com efeito, verificamos que o Código Penal dispõe sobre fraude nos seguintes termos:

Art. 337-F. **Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:** (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa. (Grifo nosso)

A Lei nº 14.133/2021, a partir do art. 155, dispõe sobre as irregularidades, as infrações e as sanções administrativas. Verificamos que o inc. IX também traz a conduta da fraude:

Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

[...]

IX - **fraudar a licitação** ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; (Grifo nosso)

Colacionamos esses dispositivos exatamente por duas razões. A primeira, porque a conduta narrada no caso concreto supramencionado – os licitantes “A” e “B” apresentaram propostas com conteúdos idênticos, até nos erros gramaticais, no tipo e tamanho das fontes, nos espaçamentos e nos valores apresentados – amolda-se perfeitamente aos entendimentos exarados nos acórdãos do Tribunal de Contas da União referenciados. A segunda, porque a conduta se tipifica em fraudar a licitação, antes prevista na Lei nº 8.666/1993 no art. 90, Seção III – Dos Crimes e das Penas, hoje, conforme o regramento da Lei nº 14.133/2021, tem maior abrangência, visto que o legislador acertadamente a inseriu na seara do Código Penal, que modificou e majorou a pena (de detenção de 2 a 4 anos para reclusão de 4 a 8 anos).

Não há dúvidas de que tal modificação contribuirá para inibir as práticas intencionais de violação para obter vantagens ilícitas, pois é mais que crível que, se os dois licitantes apresentaram propostas com conteúdos idênticos, aos olhos de um inexperiente pregoeiro ou agente de contratação, talvez isso passasse despercebido e certamente esses licitantes lograriam vantagens indevidas, o que se enquadra na figura do “coelho”, que assim podemos definir:

- Com relação à figura do “coelho”, em que um licitante mergulha seu preço ofertando valor muito abaixo das demais concorrentes para que os demais desistam, há o licitante que faz parte do esquema, no qual sua oferta é bem superior à da proposta do coelho, mas o suficiente para ultrapassar os outros. O “coelho” e o segundo licitante do esquema sabem que haverá a inabilitação do primeiro, logo, quem será contratado é exatamente o segundo colocado.

- Outra situação que vislumbramos é a de falsa aparência de competitividade, ou seja, para configurar que houve uma disputa, ambos os licitantes “concorrentes” sabem que haverá desclassificação ou inabilitação de um dos partícipes do esquema. Veja, por exemplo, que, no caso concreto trazido no presente artigo, o edital foi claro ao mencionar que os documentos jamais poderiam conter nome ou quaisquer outros elementos ou símbolos que pudessem identificá-los, sob pena de imediata desclassificação.

Vejamos como já se manifestou o Tribunal de Contas da União a respeito do “coelho”, por exemplo, no Acórdão nº 754/2015 do Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes:

[...]. Uma dessas **práticas fraudulentas** caracteriza ações de empresas que o mercado comumente denomina ‘coelho’. **A ação dessas empresas consiste em apresentar proposta excessivamente baixa em um processo licitatório para que outras empresas desistam de competir, por acreditarem que o outro concorrente teria um preço que não lhes permitiriam prosseguir na disputa. Na sequência, uma empresa que esteja em conluio com o ‘coelho’ oferece o segundo melhor lance e, com a desclassificação intencional da primeira, acaba sendo contratada por um valor que possivelmente poderia ser superior àquele que seria obtido sem a influência do ‘coelho’.** (Grifo nosso)

Destarte, afora as normas de licitações e os acórdãos supras, é bom frisar que as condutas ilícitas que maculam os certames licitatórios também têm amparo em leis esparsas, por exemplo:

- A Lei nº 12.529/2011, que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, estabelece:

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

[...]

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput

deste artigo e seus incisos, **caracterizam infração da ordem econômica:**

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

a. **os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;**

b. [...]

d) **preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;** (Grifo nosso)

- A Lei nº 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, prevê:

Art. 5º **Constituem atos lesivos à administração pública, nacional** ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1o, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

[...]

IV – **no tocante a licitações e contratos:**

a) frustrar ou **fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;**

b) impedir, perturbar ou **fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;**

c) **afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;**

d) **fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;** (Grifo nosso)

Retorna-se ao que dispõe o art. 155 da Lei nº 14.133/2021 e seu possível desfecho (declaração de inidoneidade), que está previsto no artigo subsequente: “Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: declaração de inidoneidade para licitar ou contratar”.

Oportuno salientar, didaticamente, que a lei, ao mencionar “licitar ou contratar”, deixou claro que se trata de institutos diferentes, apesar de ambos consistirem em forma de aquisição de bens ou serviços, e isso significa que o licitante poderá ser declarado inidôneo por atos no decorrer do processo licitatório, no qual ele foi desclassificado ou inabilitado, sendo, conseqüentemente, instaurado em apartado processo próprio para verificar sua má conduta.

Assim, cabe-nos indagar: se declarada sua inidoneidade, após a ampla defesa e o contraditório, estará esse licitante impedido de realizar contratação direta? Parece-nos que não, pois o legislador não usou a conjunção aditiva “e”, mas sim a conjunção alternativa “ou”, portanto **ou** se é declarado inidôneo para licitar (concorrência, pregão, concurso, dialogo competitivo), que, conseqüentemente, acarretará no final uma contratação, **ou** se é declarado inidôneo para contratação direta (dispensa ou inexigibilidade), que, nesse último caso, é diferente da primeira contratação oriunda de uma licitação.

Na mesma linha, Luzia (2021, p. 1.120) afirma:

O direito de licitar não se confunde com o direito de contratar, principalmente em seus aspectos teóricos. E mesmo na prática, ainda que possa haver uma conexão lógica entre eles – pois, afinal, o contrato deriva da licitação -, há circunstâncias em que sua distinção tem utilidade. Veja, por exemplo, as hipóteses de contratação direta (dispensa ou inexigibilidade de licitação e licitação dispensada), nas quais o particular não precisa engajar-se em processo licitatório para celebração do contrato. Nessas hipóteses, uma eventual restrição ao direito de licitar não impediria a celebração do contrato administrativo, que apenas estaria obstada se houver a sanção limitando o direito de contratar.

Pois bem, qual medida o pregoeiro, o agente de contratação ou a comissão de contratação devem tomar, além de relatar com os fundamentos de fato e de direito à autoridade superior quando estão diante de fatos como o apresentado no presente artigo?

Verificamos que a Lei nº 14.133/2021 busca constantemente gerenciar os riscos e insere os agentes de licitação na primeira linha de defesa:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a **práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo**, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

[...]

§ 3º **Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do caput deste artigo observarão o seguinte:**

I - quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis;

II - **quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas**, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como **remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência**. (Grifo nosso)

Exatamente sobre práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo é que devemos conjugar alguns artigos expressos na Lei nº 14.133/2021. Por exemplo, os arts.11 e 169 disciplinam incansavelmente a gestão de todos os riscos possíveis que possam interferir na seleção da proposta mais vantajosa para Administração. Observe-se a figura a seguir:



Fonte: Autores 2023.

Vale ressaltar que a NLLCA busca, no que se refere aos licitantes, a implantação de programa de integridade, que consiste em medidas para combater a corrupção. Oliveira (2017): “A integridade, por sua vez, é a forma mais efetiva, no ambiente corporativo, para o combate à corrupção, fraudes e demais ilicitudes contra a Administração Pública. Baseia-se em três pilares de sustentação: prevenção, detecção e correção”.

A respeito da integridade, o art. 25 da NLLCA assim dispõe:

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

[...]

§ 4º **Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato**, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento. (Grifo nosso)

4. CONCLUSÃO

Com a crescente mudança comportamental e estrutural que está ocorrendo face ao repúdio à corrupção no país, no âmbito da Administração Pública, observa-se o esforço para o bom gerenciamento dos recursos públicos aplicados por meio das medidas anticorrupção, com diretrizes bem definidas e maior transparência nas contratações públicas.

A realização constante de capacitação dos agentes públicos que atuam com as contratações públicas demonstra a preocupação para prepará-los para a correta, segura, eficaz e proba tomada de decisões nos processos administrativos de contratações. É importante que estejam preparados para identificar possíveis indícios de crimes licitatórios para relatar às suas chefias imediatas, que, conseqüentemente, darão início à abertura de processo administrativo de responsabilidade em razão do fato narrado, com respectivos desdobramentos processuais.

Os agentes públicos que atuam nas contratações governamentais têm uma responsabilização definida por normativos e precisam ficar atentos às diversas situações que denunciam a quebra da integridade, bem como as empresas que almejam contratar com a Administração Pública precisam observar os ditames legais.

Estruturar os papéis desempenhados pelos envolvidos passa a ser necessário para a construção dos pilares do programa de *compliance* e de integridade, evitando desvios de conduta por todas as partes, tanto os pregoeiros e agentes de contratação quanto os licitantes.

É necessário, assim, elaborar um código de ética e de conduta, estruturar um canal de denúncias, desenvolver um plano de mapeamento de riscos inerente à atividade, estabelecer fluxos de trabalhos e implementar práticas de monitoramento de conformidade.

Por fim, conclui-se que o caminho para uma gestão proba e responsável é a adoção de um programa de *compliance* e de um programa de integridade, por meio dos quais as boas práticas de governança passam a ter um destaque fundamental para a garantia de um atendimento eficaz das necessidades da coletividade e da própria Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. Portaria Seges/ME nº 8.678 de 19 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/portarias/portaria-seges-me-no-8-678-de-19-de-julho-de-2021>. Acesso em: 30 jul. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à legislação de licitações e contratações administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LUZIA, Cauê Vecchia. Regime jurídico de infrações e sanções administrativas. *In*: NIEBUHR, Joel de Menezes *et al.* *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.

OLIVEIRA, Luís Gustavo Miranda de (Org.). *Compliance e integridade: aspectos práticos e teóricos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SARAI, Leandro. *Tratado da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei nº 14.133/2021 comentada por advogados públicos. Salvador: Juspodivm, 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 12. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

Como citar este texto:

FILHO, Fábio Vilas Gonçalves; QUINTAS, Alcione Silva. Da conduta do pregoeiro diante de indício de fraude durante o procedimento licitatório. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 24 ago. 2023. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.