

OBRA



TRANSPARENTE

MÉTODOS DE _____

DETECÇÃO DE FRAUDE E CORRUPÇÃO

_____ EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Apoio



Parceria



A Transparência Brasil é uma associação sem fins econômicos ou lucrativos, destinada a promover a defesa do interesse público por meio da edificação da integridade do estado brasileiro e o combate à corrupção, contribuindo para o aperfeiçoamento das instituições e do processo democrático.

transparencia.org.br

Equipe Executiva

Manoel Galdino (*Diretor-executivo*)
Juliana Sakai (*Diretora de operações*)
Bianca Vaz Mondo
Jessica Voigt
Lorena Cardoso
Bianca Berti
Elisa Tobias

Conselho Deliberativo

Eduardo Capobianco (*Presidente*)
Kavita Miadaira Hamza (*Vice-presidente*)
Augusto Miranda
Bruna Santos
Francisco Soares Masculo
Guilherme Alpendre
Marcela Cristina Arruda Nunes
Marcelo Kalil Issa
Maria Goretti Dal Bosco
Raymundo Magliano Filho
Rubens Naves

Autor: Bianca Vaz Mondo

Edição: Mariana Delfini

Diagramação: Eduardo Alvarado

Material produzido pela Transparência Brasil
com financiamento do Fundo de Democracia
das Nações Unidas (UNDEF).



Este trabalho está licenciado com uma Licença Attribution 4.0 International, com exceção de logos, marcas e termos.

ÍNDICE

Agradecimentos	04
Parte I: Fraude e corrupção nas contratações públicas	05
1. Introdução	
2. Bases conceituais	
Parte II: Tipologia de fraudes em licitações	13
1. Introdução	
2. Projeto mágico	
3. Edital restritivo	
4. Publicidade precária	
5. Julgamento negligente, conivente ou deficiente	
6. Contratação direta indevida	
7. Cartelização	
Parte III: Indicadores de risco e técnicas de detecção de fraudes	60
1. Introdução	
2. Indicadores de risco de fraude em licitações	
3. Como aplicar os indicadores de riscos no monitoramento de licitações	
4. Como reportar os casos detectados	
Referências bibliográficas	75

AGRADECIMENTOS

Os esforços para a elaboração deste manual foram enormemente facilitados pelo fantástico trabalho dos autores Franklin Brasil Santos e Kleberson Roberto de Souza, cujas publicações serviram de base para nossa tentativa de aproximar tópicos técnicos sobre a detecção de fraudes em contratações públicas para a realidade dos agentes do controle social. Agradecemos especialmente aos dois autores por terem autorizado a adaptação do conteúdo já publicado para integrar o material aqui apresentado.

Este material não seria possível sem o apoio do Fundo de Democracia das Nações Unidas (UNDEF), que financiou o projeto Obra Transparente e a produção deste manual em particular. Agradecemos também a todos os participantes dos cursos online e presenciais, que nos permitiram testar na prática o conteúdo aqui apresentado.

PARTE I

FRAUDE E CORRUPÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS¹

Autora: Bianca Vaz Mondo

1 :: INTRODUÇÃO

Desenvolvido no âmbito do projeto Obra Transparente, este manual busca contribuir para a capacitação de agentes do controle social para a identificação de indícios de fraude e corrupção em processos de contratação pública. Apesar de o projeto focar a contratação de obras de escolas e creches, veremos aqui aspectos para a identificação de riscos válidos para qualquer modalidade de contratação pública, independentemente do tipo de objeto contratado.

Ainda que a legislação de licitações tenha imposto certa rigidez procedimental, de modo a evitar fraudes, a Administração Pública segue vulnerável à sua ocorrência. Se pensarmos apenas nos últimos grandes escândalos de corrupção em âmbito nacional (como o Mensalão, Sanguessugas, Petrobras), todos envolveram algum tipo de esquema de fraudes em licitações públicas. Se verificarmos outros escândalos em nível estadual ou municipal, veremos que essa dimensão da corrupção é um lugar-comum em nosso país e importante causa de danos para a gestão pública.

Ao ajudar na identificação de situações potenciais de fraude e corrupção em licitações públicas e auxiliar os órgãos de controle em sua função de detectar e investigar casos dessa natureza, os agentes do controle social atuam de maneira preventiva, identificando irregularidades antes mesmo da efetivação da contratação e da concretização do dano potencial ao erário.

Não há dúvidas de que o controle social de licitações públicas envolve grandes desafios. Além da complexidade inerente a alguns procedimentos, o próprio volume de processos que podem ser acompanhados, a depender do nível da administração e do porte do órgão público monitorado, impõe certas dificuldades. Em vista disso, este material busca também oferecer alguns indicadores de risco que podem orientar a identificação de procedimentos licitatórios de maior criticidade ou mais relevantes, isto é, cuja análise mais detalhada seja prioritária.

Desta forma, o projeto Obra Transparente traz uma iniciativa pioneira para o treinamento de agentes do controle social na temática da detecção e prevenção de fraudes em licitações. A maior parte do conteúdo apresentado aqui foi adaptada de um material produzido por Franklin Brasil Santos e Kleberon Roberto de Souza, auditores da Controladoria-Geral da União (CGU) com grande experiência na capacitação de servidores públicos de diversas esferas para a detecção de fraudes em licitações; pensando nos agentes de controle social, buscamos proporcionar uma oportunidade de qualificar sua atuação e assim contribuir para a prevenção da corrupção.

¹ Adaptado parcialmente de Santos e Souza, 2016 e Souza, 2017.

2 :: CONCEITOS

2.1 O QUE É FRAUDE?

Em um processo licitatório, é comum encontrarmos inconformidades ou falhas. Como distinguir se se trata de um caso de fraude ou não?

Fraude implica a existência de intenção de fazer algo ilícito, isto é, dolo. Assim, para se identificar uma situação como potencialmente de fraude, deve haver elementos que indiquem a presença de atos deliberados para distorcer ou frustrar o caráter competitivo da licitação a fim de se obter vantagem indevida.



A fraude em licitação está prevista como conduta criminal no art. 90 da Lei nº 8.666/93 e é descrita como o ato de “frustrar ou de fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”. Vale destacar que, no entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU), “a configuração da fraude à licitação não está associada ao seu resultado, ou seja, ao sucesso da empreitada” (Acórdão 48/2014 - Plenário), ou seja, a fraude ocorre independentemente de o fraudador vencer a licitação e causar prejuízo aos cofres públicos.

Também se deve observar que há diferença entre atos fraudulentos e falhas procedimentais em um processo licitatório. As falhas procedimentais podem ocorrer devido a problemas estruturais comumente verificados na Administração Pública, como deficiências na capacitação e reciclagem de servidores da área de compras públicas, que muitas vezes desconhecem ou interpretam equivocadamente a legislação aplicável.

E qual é a relação entre fraude e corrupção, no contexto das licitações públicas? A distinção essencial diz respeito à participação da Administração Pública no caso. Atos de corrupção envolvem necessariamente um detentor de cargo público, que faz uso de sua função para favorecer alguém ou produzir vantagem indevida. Isso acontece em grande parte dos casos de fraudes em licitações; um exemplo é o direcionamento da licitação com base em condições restritivas estabelecidas já no edital. Há também situações em que a fraude pode ocorrer apenas por atuação de empresas licitantes, como no caso de um conluio entre participantes ou até mesmo da constituição de um cartel. Portanto, fraude e corrupção podem estar associadas ou não no caso de fraudes licitatórias.

2.2 OBJETIVOS DA FRAUDE E DA CORRUPÇÃO NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Como mencionado acima, a fraude nos processos de contratação pública está essencialmente relacionada a uma tentativa de frustrar o caráter competitivo, isto é, seu objetivo direto é distorcer a livre disputa entre os participantes, natural em um processo competitivo, de modo que alguém seja indevidamente favorecido e contratado.

A igualdade de condições a todos os concorrentes nos processos de licitação está assegurada pelo artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal. Na regulamentação dada pela Lei nº 8.666/93, também está firmada como objetivo primordial da licitação a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, mediante ampla competitividade. Assim, a fraude atenta contra um princípio elementar da licitação pública: o da competição.



“É proibido aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustem o caráter competitivo da licitação” (Art. 3, §1º da Lei nº 8.666/93).

Além da legislação acima mencionada, a jurisprudência do TCU inclui inúmeros julgados que destacam a ilegalidade de procedimentos que restrinjam o caráter competitivo de uma licitação, ensejando até mesmo, em alguns casos, a nulidade do processo em questão. Abaixo listamos alguns exemplos de decisões nesse sentido, extraídas da quarta edição do manual Licitações e contratos, publicado pelo próprio TCU:

Acórdão 539/2007 - Plenário (Sumário)

É inconstitucional e ilegal o estabelecimento de exigências que restrinjam o caráter competitivo dos certames.

Acórdão 112/2007 - Plenário (Sumário)

Devem ser evitadas exigências que comprometam o caráter competitivo da licitação. A licitação deve ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos.

Acórdão 110/2007 - Plenário (Sumário)

As exigências editalícias devem limitar-se ao mínimo necessário para o cumprimento do objeto licitado, de modo a evitar a restrição ao caráter competitivo do certame.

Vale ressaltar que as fraudes licitatórias podem ocorrer de diversas formas, e é comum a utilização de distintos “mecanismos” de ação fraudulenta para que se atinja o objetivo de reduzir ou eliminar a competição em uma licitação. Na prática verifica-se que situações de fraudes muitas vezes implicam em violações de outros princípios básicos norteadores da licitação pública, alguns dos quais estão exemplificados na tabela abaixo:

TABELA 1. PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS

PRINCÍPIO	DESCRIÇÃO
Legalidade	Vincula os licitantes e a Administração Pública às regras estabelecidas nas normas e princípios em vigor.
Isonomia	Garante tratamento igual a todos os interessados; condição essencial para a competição em todos os procedimentos licitatórios.
Impessoalidade	Obriga a Administração a observar nas decisões critérios objetivos previamente estabelecidos, afastando a discricionariedade e o subjetivismo na condução dos procedimentos de licitação.
Moralidade e probidade administrativa	A conduta dos licitantes e dos agentes públicos tem de ser, além de lícita, compatível com a moral, a ética, os bons costumes e as regras da boa administração.
Publicidade	Qualquer interessado pode ter acesso às licitações públicas e ao respectivo controle, mediante divulgação dos atos praticados pelos administradores em todo procedimento de licitação.
Vinculação ao instrumento convocatório	Obriga a Administração e o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão no instrumento de convocação.
Julgamento objetivo	Significa que o administrador deve observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para julgamento da documentação e das propostas.

Fonte: Elaboração própria, adaptada do manual *Licitações e contratos* (4ª ed.) do TCU.

Cabe mencionar aqui o julgado do TCU destacando a necessária vinculação a esses princípios e a implicação quanto à nulidade do certame que apresente vícios nesse sentido:

Acórdão 6198/2009 - Primeira Câmara (Sumário)

A violação de princípios básicos da razoabilidade, da economicidade, da legalidade e da moralidade administrativa, e a desobediência às diretrizes fundamentais da licitação pública, no caso, a isonomia entre licitantes, o julgamento objetivo, a vinculação ao instrumento convocatório, bem como o caráter competitivo do certame, constituem vícios insanáveis que ensejam a fixação de prazo para exato cumprimento da lei, no sentido de declarar a nulidade do certame.

Temos, de um lado, o objetivo direto da fraude, isto é, a distorção da competição necessária para que a licitação atinja seus objetivos. Além da violação ao princípio da competição em si, verifica-se comumente, nos casos de fraude, a afronta a outros princípios básicos vinculantes para a licitação pública.

De outro lado, temos um segundo objetivo, que apesar de indireto é, na maioria das vezes, o objetivo primário da fraude: a apropriação de recursos públicos por meio da contratação de bens e serviços com superfaturamento. Portanto, via de regra a distorção da competição visa proporcionar aos fraudadores o controle sobre o resultado do certame para garantir que a contratação lhes seja financeiramente mais vantajosa do que seria em condições de competitividade.

O superfaturamento representa o efetivo dano ao erário produzido e pode se caracterizar de diversas formas. Para o caso de obras públicas, por exemplo, o Roteiro de auditoria de obras públicas (2012), publicado pelo TCU, descreve uma variedade de situações que constituem superfaturamento, algumas das quais também podem ser verificadas nos casos de aquisições de bens ou de contratação de outros tipos de serviços:

- a) Superfaturamento por quantidade: medição de quantidades de serviços superiores às efetivamente executadas/fornecidas, podendo ocorrer também com o pagamento em duplicidade ou por serviços não executados;
- b) Superfaturamento por execução de serviços com menor qualidade: deficiências na execução de obras e serviços de engenharia que resultem em diminuição da qualidade, vida útil ou segurança; ou alteração qualitativa dos insumos (equipamentos e materiais) utilizados na execução de serviço em relação aos especificados na composição de custos unitários, gerando diminuição no custo direto da contratada que não é contabilizada na planilha orçamentária contratual;
- c) Superfaturamento por alteração de metodologia executiva: alteração de metodologia executiva durante a obra – caso o orçamento original tenha previsto método executivo claramente ineficiente, antieconômico, ultrapassado ou contrário à boa técnica da engenharia, sem que se proceda ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato decorrente da adoção de método construtivo mais racional e econômico;
- d) Superfaturamento por preços excessivos: pagamentos com preços manifestamente superiores aos praticados pelo mercado ou incompatíveis com os constantes em tabelas referenciais de preços;
- e) Superfaturamento por “jogo de planilha”: quebra do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em desfavor da Administração, por meio da alteração de quantitativos²;
- f) Superfaturamento por reajustamento irregular de preços: pagamentos com preços indevidamente reajustados;
- g) Superfaturamento por adiantamento de pagamentos: pagamentos antecipados não previstos em edital/contrato;
- h) Superfaturamento por distorção do cronograma físico-financeiro (“jogo de cronograma”): ganho financeiro indevidamente auferido pela contratada devido à medição/pagamento de serviços iniciais com sobrepreço, compensado pela medição/pagamento de serviços posteriores com desconto³;
- i) Superfaturamento por prorrogação injustificada do prazo contratual: pagamentos indevidos decorrentes da prorrogação injustificada do prazo de execução da obra.

² Para mais detalhes sobre como ocorre o “jogo de planilha”, consulte a parte III do Módulo I: Monitoramento de editais e licitações de obras públicas no *Manual para controle social de obras públicas*.

³ Mais detalhes sobre como ocorre o “jogo de cronograma” também estão disponíveis na parte III do Módulo I: Monitoramento de editais e licitações de obras públicas no *Manual para controle social de obras públicas*.

Tendo em conta a comum relação entre esses dois objetivos, direto e indireto, da fraude licitatória, é importante que os agentes do controle social engajados no monitoramento de compras públicas tenham em mente a importância de se analisarem potenciais casos de fraude em conjunto com a verificação de possível existência de sobrepreço ou superfaturamento. A presença de indícios ou evidências dos dois tipos de irregularidades contribui para reforçar as suspeitas e fortalecer os achados, quando forem encaminhados para os órgãos de controle competentes.



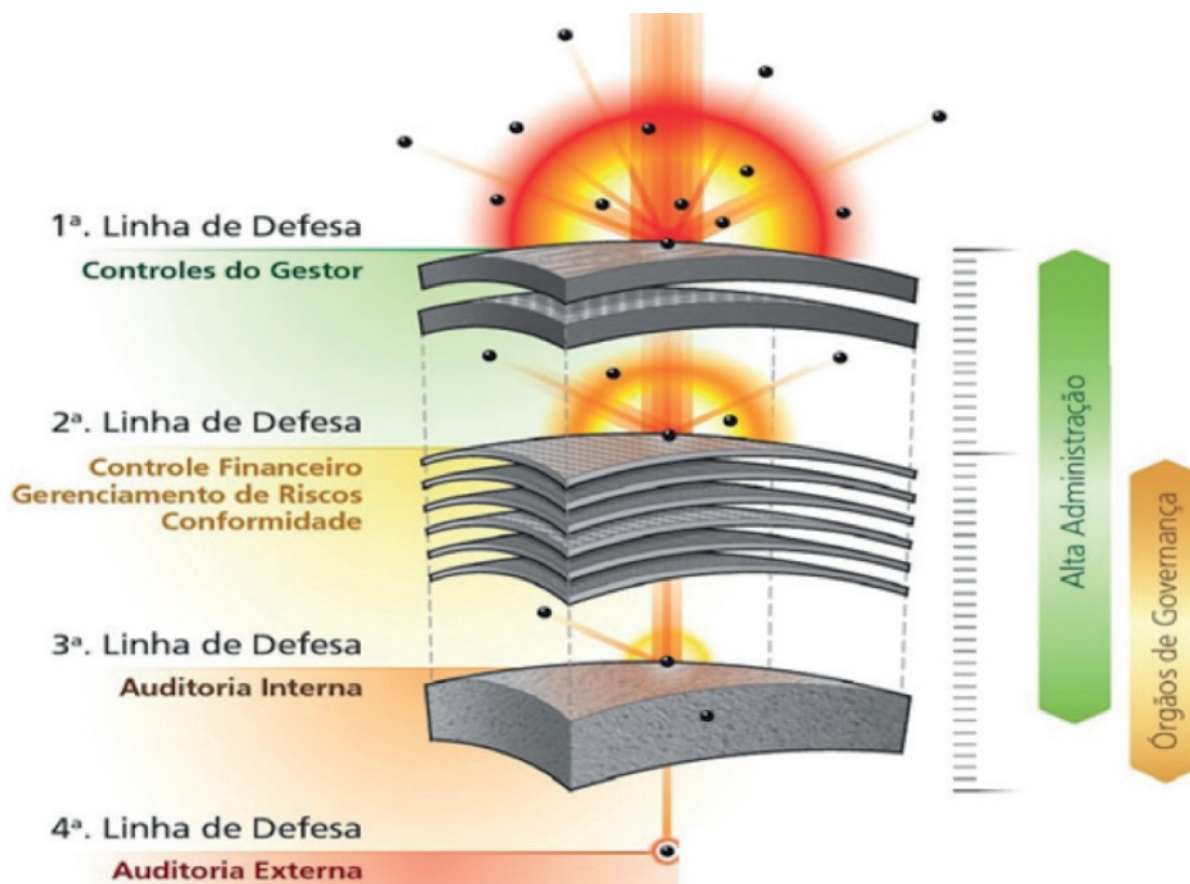
FIQUE ATENTO

Embora as situações de fraude em contratações públicas costumam estar associadas à apropriação de recursos por meio de superfaturamento, existem situações em que as empresas parecem buscar outros objetivos. No projeto Obra Transparente, identificaram-se casos de fraudes na participação de empreiteiras em algumas licitações nas quais o preço ofertado foi significativamente mais baixo do que as estimativas dos órgãos contratantes e, muitas vezes, do que as propostas das outras competidoras. A princípio, isso contraria a lógica da vantagem pecuniária. Nesses casos, a estratégia parece refletir a atuação de empresas novas que buscam ingressar no mercado das obras públicas. Para isso, porém, muitas vezes é necessário apresentar documentação atestando experiência prévia na execução de obra semelhante àquela pleiteada, o que essas empresas de fato ainda não possuem, e a fraude ocorre na simulação ou falsificação desses atestados. Também há casos em que se trata de empresa aparentemente nova, porém constituída por empresários com histórico de atuação inidônea com outras empresas, que então se utilizam de empresas de fachada, muitas vezes registradas em nome de terceiros ("laranjas") para dar continuidade ao seu negócio. Aqui, a empresa fraudadora não busca o superfaturamento, mas o contrário, isto é, oferecer um desconto alto para ampliar suas chances de obter contratos que serão sua porta de entrada para o negócio da execução de obras públicas.

2.3 PREVENÇÃO DE FRADES E CORRUPÇÃO

A abordagem preventiva constitui a maneira mais eficaz de combate a fraudes e corrupção na Administração Pública. Um modelo bastante estabelecido sobre essa abordagem trata das chamadas "três linhas de defesa" de uma organização, que compreendem as responsabilidades de diferentes partes da organização em gerenciar riscos e mecanismos de controle.

Nessa perspectiva, a primeira e principal barreira contra os riscos está relacionada a mecanismos de controle interno implementados pelos gestores nas atividades rotineiras da organização. Para suprir falhas na primeira linha de defesa, setores específicos voltados para gerenciamento de riscos, controle financeiro e conformidade (compliance) ficam responsáveis por monitorar riscos remanescentes – sendo essa a segunda linha de defesa. A terceira, por sua vez, é exercida pelas unidades de auditoria ou controladoria internas. Na figura abaixo, vemos um modelo adaptado pelo TCU que indica a presença ainda de uma quarta linha de defesa, a auditoria externa.



Fonte: Adaptado de Souza, 2017.

É importante destacar que o controle social também tem grande relevância, direta e indireta, no funcionamento de todas as linhas de defesa. De maneira direta, pode ser interpretado como um elemento da quarta linha de defesa, por ser um agente de monitoramento e fiscalização externo. Ao identificar falhas na atuação das outras linhas de defesa, pode também agir de modo a provocar gestores e controladores internos para que aprimorem os controles existentes, de modo a melhor resguardar os princípios da boa administração pública.

Assim, a atuação de agentes do controle social pode contribuir muito para prevenir irregularidades, ao identificar falhas nos mecanismos de controle e intervir junto aos órgãos monitorados ou de controle externo para que sejam melhorados. O enfoque em prevenção é um aspecto crucial, pois ajuda a evitar danos que sejam de difícil reparação posteriormente.

Desse ponto de vista, o monitoramento de licitações e contratos públicos pode ser visto como estratégia prioritária para o controle social, pois o momento da licitação ou da contratação é propício para uma atuação mais eficaz, evitando contratações fraudulentas e superfaturadas, que constituem um dos canais mais comuns para corrupção e desvio de recursos. De maneira complementar, o acompanhamento da execução contratual também pode ajudar a evitar o superfaturamento em suas diversas formas, prevenindo o dano ao erário por meio da entrega irregular de bens ou serviços.

Espera-se que, a partir deste material, esse trabalho possa ser qualificado no sentido de auxiliar na identificação de indícios de direcionamento ou restrição à competitividade nas

licitações, entre outras formas de fraude, e de procedimentos de contratação com risco mais elevado, que podem ser priorizados no trabalho de monitoramento.

Para apoiar a realização dessas atividades, buscaremos contextualizar e apresentar os tipos mais comuns de fraudes em licitações, de modo a familiarizar os participantes com os mecanismos e artifícios mais utilizados por potenciais fraudadores, sejam eles agentes públicos ou empresas licitantes. Com base nesse repertório, discutido em detalhe na Parte II, nos voltamos então, na Parte III, para uma abordagem prática, apontando fatores de risco relevantes que podem orientar o controle social de licitações e contratações públicas. Além disso, apresentamos ferramentas e procedimentos de análise e sugestões de como eventuais indícios e evidências podem ser relatados aos órgãos contratantes ou às instâncias de controle para investigação, quando necessário.

PARTE II

TIPOLOGIA DE FRAUDES EM LICITAÇÕES⁴

Autora: Bianca Vaz Mondo

1 :: INTRODUÇÃO

As fraudes podem assumir diversas formas, em geral com a intenção de direcionar a contratação, restringir a competição e simular a idoneidade do processo. No caso específico das licitações, a fraude pode estar associada a uma ou mais das distintas etapas do processo licitatório: a) oficialização da demanda; b) planejamento da contratação; e c) seleção do fornecedor. O objetivo é, na maior parte dos casos, maximizar o lucro dos envolvidos.

As práticas fraudulentas podem variar de simples acordos verbais e pontuais entre licitantes ou entre estes e a Administração Pública contratante, celebrados pouco antes das sessões públicas de licitação, até complexos e duradouros mecanismos de partilha de contratos e distribuição dos lucros obtidos ilicitamente. É comum a utilização de mais de uma linha de ação fraudulenta e anticompetitiva.

Esta parte do manual tem por objetivo demonstrar os principais tipos de fraudes em licitação, as formas mais comuns de ocorrências já detectadas pelos órgãos de controle, sem, contudo, a pretensão de esgotar o assunto. Assim, buscamos identificar modelos e padrões de comportamento que podem variar e congregam elementos diversos, de acordo com cada caso e as condições observadas.

A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça considera que a restrição à competitividade em licitações pode ter duas origens principais (Portaria SDE nº 51/2009): (i) ato de órgão da Administração; ou (ii) conduta de agente econômico (empresa). Podemos incluir mais uma origem, em que um agente da Administração age deliberadamente em conluio com uma empresa para fraudar ou frustrar o caráter competitivo.

Assim, são exemplos do primeiro tipo os casos de imposição de requisitos de participação excessivamente restritivos ou que beneficiem injustificadamente determinados fornecedores (projeto mágico, edital restritivo, publicidade precária, julgamento conivente, contratação direta indevida). Já o conluio entre licitantes (ou cartel) é o principal exemplo do segundo tipo. A legislação de licitações (Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002, nº 13.303/2016 etc.) busca, primordialmente, impedir o primeiro tipo de restrição, ao passo que a legislação concorrencial (Lei nº 12.529/2011) cuida do segundo tipo.

As seções seguintes descrevem as principais características de cada um dos tipos de fraudes identificadas.

⁴ Adaptado de Santos e Souza, 2016 e Souza, 2017

2 :: PROJETO MÁGICO

2.1 INADEQUAÇÃO NO PROJETO BÁSICO OU NO TERMO DE REFERÊNCIA

O Projeto Básico (para licitações de obras e serviços) e o Termo de Referência (para licitações na modalidade Pregão) são documentos essenciais, obrigatórios e imprescindíveis à legitimidade do processo de contratação, seja esta direta ou precedida de licitação.

São esses documentos que, de acordo com a modalidade de licitação adotada, fornecem à Administração conhecimento pleno do objeto que se quer licitar, de forma detalhada, clara e precisa, além de proporcionar ao licitante as informações necessárias à elaboração de sua proposta. Para aquisições, por exemplo, fazem parte da especificação do objeto, além das suas características fundamentais, as condições de fornecimento, envolvendo aspectos como: local e prazos de entrega, frete, condições efetivas de pagamento, periodicidade da compra, garantia, treinamento e suporte técnico, entre outros.

Não se licita nada sem caracterizar o objeto de forma adequada. A caracterização precisa e completa do objeto é condição essencial para a validade do processo licitatório (artigos 14 e 40, inciso I, da Lei nº 8.666/1993; art. 3º, inciso II, da Lei nº 10.520/2002). Esse entendimento é reforçado em ampla jurisprudência do TCU (Súmula 177, Acórdãos 1.041/2010, 168/2009, 926/2009, 1.746/2009, 2.927/2009 e 157/2008 do Plenário, e 6.349/2009 da 2ª Câmara).

Espera-se que o Projeto Básico seja precedido de estudos técnicos, planejamento e avaliação de soluções alternativas que possam suprir as necessidades da Administração. Uma obra pode, por exemplo, exigir serviços de sondagem, topografia do terreno e estudos preliminares para uma elaboração precisa do Projeto Básico.

No entendimento do TCU, a realização desses estudos é obrigação da entidade contratante (Acórdão 2.438/2005 - 1ª Câmara), assim como também é obrigatório que conste do Projeto Básico o registro formal da Responsabilidade Técnica nos casos que envolvem atividades profissionais regulamentadas, como Engenharia e Arquitetura (Súmula 260). Esse registro é uma ferramenta importante para a garantia de que os requisitos do Projeto Básico foram elaborados por um profissional habilitado, além de permitir a pronta identificação do autor, para fins de responsabilização.

A autoria é tão relevante que o TCU considera passível de condenação quem aprova um Projeto Básico sem identificação do responsável técnico. Nesse mesmo julgado, o TCU considera punível quem elabora ou aprova projeto inadequado (Acórdão 2.546/2008 – Plenário). Um Projeto Básico deficiente não apenas sujeita o responsável à penalização, mas também leva à anulação de contratos, pois são nulas as licitações baseadas em projeto incompleto, defeituoso ou obsoleto (Acórdão 353/2007 – Plenário).

FIQUE ATENTO

Uma falha que pode ocorrer na elaboração do Projeto Básico/Termo de Referência consiste na estimativa de quantidades muito superiores às reais necessidades dos quantitativos a serem contratados. O TCU considera inadmissível a superestimativa de quantitativos de serviços como forma de margem de segurança para eventuais distorções futuras, por ser incompatível com os princípios da legalidade e da eficiência, além de ensejar a anulação do processo licitatório e a penalização dos responsáveis (Acórdão 331/2009 – Plenário). Ao superestimar quantitativos no âmbito do sistema de registro de preços, por exemplo, o gestor não observa os princípios da boa-fé e da confiança, uma vez que induz a empresa fornecedora a uma falsa expectativa de contratação e, ainda, pode frustrar a competitividade do certame ao inibir a participação de fornecedores capazes de oferecer quantitativos menores do bem a ser adquirido.

E é justamente isso que acontece nas fraudes do tipo “Projeto mágico”. As licitações se baseiam em especificações incompreensíveis, incompletas, defeituosas, direcionadas, restritivas. Vale reforçar: a definição do objeto na licitação deve ser precisa e suficiente, como pressuposto da igualdade entre os licitantes.

A exigência de caracterização precisa e completa do objeto da licitação não se confunde com uma especificação exagerada ou excessiva. O TCU frequentemente determina que se evite o detalhamento excessivo do objeto, para não direcionar a licitação ou restringir o seu caráter competitivo. Existe a possibilidade de referenciar uma marca ou estabelecer uma condição restritiva, mas isso só pode acontecer quando for estritamente necessário para o atendimento das necessidades da Administração, como em procedimentos de padronização, sempre mediante justificativa prévia, em processo administrativo regular, no qual se comprovem os requisitos mencionados (Súmula 270 do TCU).



O TCU tem recomendado às Unidades Jurisdicionadas que se abstenham de “formular especificações que demonstrem preferência por marca, a não ser quando devidamente justificado por critérios técnicos ou expressamente indicativa da qualidade do material a ser adquirido, hipótese em que devem constar os termos ‘ou similar’, ‘ou equivalente’, ‘ou de melhor qualidade’” (Acórdão 1.861/2012-1ª Câmara).

Da mesma forma, expressões genéricas e vagas, bem como descrição confusa, imprecisa ou incompleta do objeto também caracterizam grave irregularidade, por contrariar os princípios fundamentais da licitação. Esse tipo de falha na descrição do objeto pode ser indicativo de simulação de todo o processo licitatório.

CASO CONCRETO: ESPECIFICAÇÃO DE MAIS OU DE MENOS?

O direcionamento de licitações por meio da especificação excessiva do objeto é uma prática bastante comum. Os casos mais evidentes se dão com a inclusão de marcas específicas na descrição do objeto. Um edital de uma prefeitura de Sergipe para locação de veículos, por exemplo, especificou “veículo Kadett, com capacidade para 04 passageiros”. Contudo, esse modelo de veículo havia deixado de ser produzido 10 anos antes da licitação. Apenas um dos licitantes – o vencedor, claro – tinha um Kadett.

Em alguns casos, a especificação direcionada do objeto é menos óbvia. Uma prefeitura da Paraíba, por exemplo, realizou pregão em 2009 para comprar jogos e brinquedos para creches. Um lote com 20 itens do edital (Bandinha Rítmica: conjunto contendo 20 instrumentos musicais acondicionado em caixa de papelão) era cópia fiel do catálogo da empresa que venceu o certame. No Mato Grosso, um ex-presidente do Tribunal de Justiça foi denunciado porque em sua gestão foram comprados 30 Toyota Corolla. O edital exigia veículos com motor tipo VVT-i. Para o Ministério Público, houve direcionamento para a concessionária da marca.

Outros casos de “Projeto mágico” se referem a situações com especificação insuficiente do objeto. Em um exemplo real, verificou-se a descrição “cartilha infantil com 28 páginas, mais capas, formato 20 X 26,5 cm”. Não é preciso ser especialista em serviços gráficos para identificar a insuficiência dessa especificação. Pergunta-chave: Como formular uma proposta para esse objeto? A resposta é simples: simulando o processo licitatório. O importante é saber qual seria a verba disponível para pagar o serviço, não quanto custa de fato executá-lo. Incrivelmente, todos os licitantes apresentaram propostas absolutamente semelhantes, inclusive com detalhes iguais que não constavam no edital.

2.2 VINCULAÇÃO ENTRE O PROJETISTA E LICITANTE

Ainda quanto ao “Projeto mágico”, vale lembrar que é proibido vínculo entre projetista e licitante. Segundo o art. 9, da Lei nº 8.666/1993, o autor do projeto não pode participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários.

Considera-se participação indireta a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto e o licitante ou contratado. No entendimento do TCU, essa proibição se aplica a “qualquer vínculo”, isto é, ele não

precisa ser formal, mas “tão somente uma relação de influência entre licitante ou executor do contrato e autor do projeto”, aplicando-se também a relações pessoais ou familiares, por exemplo (Acórdão 1.893/2010 – Plenário).

A vinculação entre o autor do projeto e o licitante é um dos casos mais comuns de fraude ao processo licitatório, em especial nas contratações de obras. O conhecimento privilegiado do projeto representa vantagem ilícita nas licitações, sobretudo por ferir o princípio da isonomia. Esse princípio também é desrespeitado quando o projetista especifica o objeto de maneira a direcioná-lo para o fornecedor ao qual está vinculado. Em função disso, não é raro encontrar licitações sem qualquer identificação do projetista.

Como já mencionado, essa situação sujeita o gestor que aprova o projeto a penalidades. É imprescindível que a autoria do Projeto Básico ou do Termo de Referência fique clara, para que seja possível avaliar a possível relação irregular com o licitante.

2.3 FRACIONAMENTO, PARCELAMENTO E LOTEAMENTO

Ainda relacionadas a irregularidades no Projeto Básico ou Termo de Referência estão as situações de fracionamento, parcelamento e loteamento do objeto.

O fracionamento consiste em dividir a despesa sem obedecer a modalidade cabível para o total da despesa, ou realizar uma contratação direta, sem licitação, nos casos em que o procedimento é obrigatório. Tal prática é vedada pela Lei nº 8.666/1993.

Por “total da despesa” é comum considerar apenas aquelas relativas ao exercício corrente. Porém, no caso de serviços continuados, deve-se levar em conta o período de vigência do contrato e as possíveis prorrogações para a definição da modalidade de licitação adequada (concorrência, tomada de preços ou convite), conforme entendimento previsto na Orientação Normativa da Advocacia Geral da União (AGU) nº 10/2009.

Para fugir de uma concorrência, por exemplo – modalidade mais competitiva, com maior prazo de publicidade e participação sem cadastro prévio –, opta-se deliberadamente por fracionar as contratações em curto período de tempo, realizando várias tomadas de preços. Em outra situação, para fugir da obrigação de licitar, fracionam-se as contratações em pequenos montantes, para se enquadrar na hipótese de dispensa por valor.

CASO CONCRETO: LICITAÇÕES FRACIONADAS

Um caso emblemático de fracionamento de despesas para fraudar a competitividade foi descoberto pela Operação Sanguessuga. Deflagrada em 2006, com base em auditoria da Controladoria Geral da União (CGU), a operação desarti-

culou uma quadrilha que fraudava a compra de ambulâncias em todo o país. O esquema fracionava o objeto da seguinte forma: (1) aquisição do veículo, e (2) equipamentos e transformação em ambulância. As contratações eram feitas com duas cartas-convite, fugindo da tomada de preços e evitando a publicidade dos certames para convidar apenas as empresas envolvidas no esquema.

Outro caso ilustrativo foi verificado no município de Araguaína (TO). O Ministério Público do Tocantins denunciou fraude à licitação pela contratação, sem processo licitatório, durante oito anos (2001 a 2008), de caminhão para o transporte de entulhos. No período, a locação do veículo foi praticada 39 vezes, de forma direta, de modo que nunca atingisse R\$ 8 mil, quando seria obrigatório licitar.

Já o parcelamento, de acordo com a Lei nº 8.666/1993, é obrigatório quando o objeto da contratação tiver natureza divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto a ser licitado. Parcelamento nada mais é que a divisão do objeto em partes menores e independentes. Cada parte, item, etapa ou parcela representa uma licitação isolada ou em separado.

Sobre o assunto, é importante lembrar que o art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/1993, estabelece o parcelamento como regra. O agrupamento deve ser exceção, e sempre muito bem justificado, cabendo ao gestor demonstrar os motivos que o levaram a não dividir o objeto licitado.

A adjudicação do objeto pelo preço global, quando é possível o seu parcelamento, impede a participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a determinados itens, de forma que leva à restrição da competitividade do certame. Esse entendimento está consolidado na Súmula 247 do TCU.

CASO CONCRETO: DIRECIONAMENTO POR NÃO PARCELAMENTO

Não parcelar um objeto pode ser uma forma de restringir um processo licitatório. Em uma prefeitura do Mato Grosso, por exemplo, uma concorrência para pavimentação de ruas e construção de casas foi realizada por preço global. Veja-se que são dois tipos de obras muito diferentes, executadas, em geral, por empresas com especialidades distintas. Não havia qualquer prejuízo técnico ou econômico em separar as duas obras em itens dentro da mesma licitação ou em processos distintos. Licitar em conjunto apenas representaria exigências de habilitação mais restritivas, tanto em termos técnicos, de experiência prévia em ambos os tipos de obras, quanto em termos econômicos.

Em um caso verificado no projeto Obra Transparente, uma licitação para a contratação da execução de remanescente de três obras de creches apresentou

como objeto as três obras em conjunto, com tipo “menor preço global”. A competitividade poderia ser maior com o parcelamento do objeto tendo cada obra como um item distinto.

lopes referente à licitação modalidade Concorrência 02/2018 (Remanescente de obra – 3 EMEIS) – SEPLAG/SMED, MEM/001055/2018, tipo da licitação **menor preço global e regime de execução empreitada por preço unitário**, no município de Pelotas/RS.

3. DO OBJETO DA LICITAÇÃO:

Constitui objeto da presente licitação a contratação de empresa para execução de remanescente de obra de 3 (três) unidades escolares proinfância tipo 2, modelo padrão FNDE de educação infantil no município de Pelotas/RS, conforme especificações detalhadas nos anexos integrantes do Edital da Concorrência 02/2018.

Outros casos mais comuns envolvem a contratação de obras com o fornecimento de equipamentos que poderiam ser comprados à parte, como aparelhos de ar-condicionado, motores, escadas rolantes, elevadores, esteiras. Além disso, se parte expressiva da obra corresponde ao fornecimento de equipamentos/materiais e não for possível o parcelamento, deve-se adotar Bonificação e Despesas Indiretas (BDI) menor para a aquisição desses materiais e equipamentos (Súmula 253 do TCU).

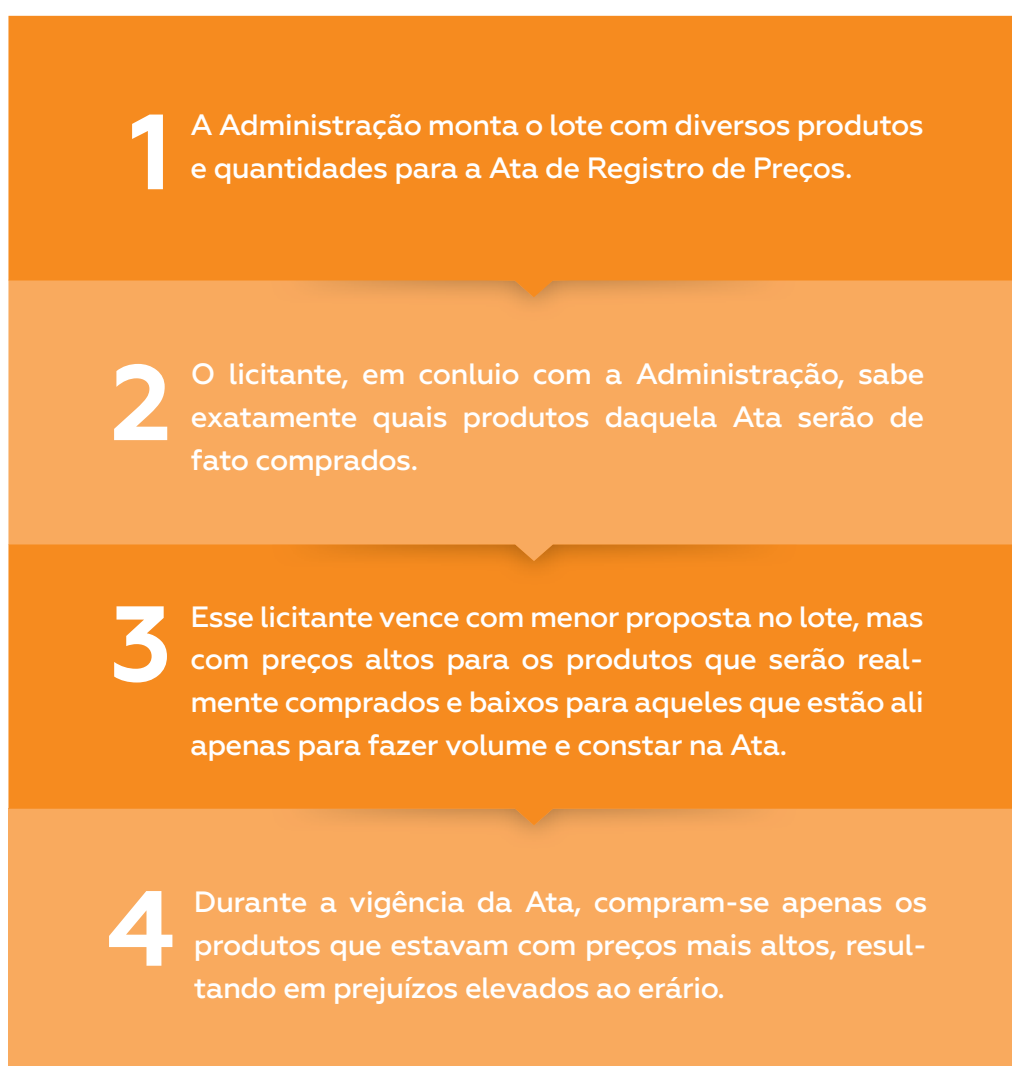
O TCU tem recomendado às Unidades Jurisdicionadas que promovam a separação do objeto em lotes distintos, quando de natureza divisível, com objetivo de permitir a participação de empresas que, embora não tenham condições de fornecer a totalidade dos itens especificados, possam apresentar proposta mais vantajosa para a unidade em parte dos itens (Acórdãos 3.009/2015 e 491/2012, ambos do Plenário).

Tanto a licitação por preço global quanto o loteamento dos itens (agrupamento em lotes) são mecanismos de potencial direcionamento de uma licitação. Como exemplo, podemos citar a Operação Saúde, deflagrada em 2011. De acordo com documentos disponíveis na internet, auditorias da CGU e escutas da Polícia Federal identificaram que uma das artimanhas do esquema consistia em convencer servidores públicos responsáveis pela elaboração das especificações a agrupar os medicamentos em lotes, de forma que a competição se tornava inviável. O mercado de medicamentos é marcado por acordos comerciais entre fabricantes e distribuidores e, nesse caso, bastaria que um dos produtos dentro do lote fosse exclusivo do licitante para quem se desejava direcionar o certame. Ninguém mais conseguiria formular proposta para aquele grupo de itens, por não ser capaz de entregar a totalidade das mercadorias previstas.

Não é o caso de se proibir genericamente o agrupamento de itens. Embora o tema seja polêmico, a jurisprudência mais recente do TCU tem permitido o loteamento de itens homogêneos ou que guardem correlação entre si, entendendo que o excesso de contratações individuais pode impactar a eficiência e a economicidade administrativa (Acórdão 5.260/2011 da 1ª Câmara, Acórdão 5.301/2013 da 2ª Câmara).

Essa é uma conclusão racional. É importante promover o gerenciamento adequado do que se deve comprar por itens e do que se deve comprar por lotes, aproveitando ganhos de escala, logística e controle e evitando os riscos de direcionamento ou de restrição ao caráter competitivo. Contudo, é também preciso demonstrar as razões técnicas, logísticas, econômicas ou de outra natureza que tornam necessário promover o agrupamento para propiciar contratações mais vantajosas em comparação à adjudicação por item (Acórdão 539/2013 – Plenário).

Embora a realização de licitação por lote seja lícita, o procedimento também envolve riscos. Um deles consiste na possibilidade do chamado “jogo de planilha”. Em um processo de aquisição de bens, por exemplo, isso poderia ocorrer da seguinte forma:



Fonte: Adaptado de Santos e Souza, 2016.

Nesse caso, a melhor proposta por lote não é necessariamente a mais vantajosa, pois o registro de preços não reflete a estimativa real de demanda dos produtos. Para evitar esse tipo de irregularidade, o TCU tem orientado que “nas licitações por lote para registro de

preços, mediante adjudicação por menor preço global do lote, deve-se vedar a possibilidade de aquisição individual de itens registrados para os quais a licitante vencedora não apresentou o menor preço” (Acórdão 343/2014 – Plenário).

2.4 FRAUDE NA PESQUISA DE PREÇOS

Além das situações anteriores, a fraude na pesquisa de preços, por meio de simulação ou negligência deliberada, também pode ser classificada como “Projeto mágico”.

No processo de planejamento da contratação, a Administração deve apresentar uma ampla pesquisa de preços, tendo em vista a necessidade de verificar os preços praticados no mercado e se os recursos financeiros disponíveis permitirão o atendimento planejado. A legislação aplicável às licitações exige esse orçamento prévio, sem o qual a licitação é considerada anulável.

É a pesquisa de preços, portanto, que vai fundamentar o julgamento da licitação, definindo o preço de referência. Este dá suporte ao processo orçamentário da despesa, define a modalidade de licitação – nos casos previstos na Lei nº 8.666/1993 –, fundamenta os critérios de aceitabilidade de propostas, define a economicidade da aquisição e justifica a compra no sistema de registro de preços.

Se a pesquisa de preços é malfeita, ela pode trazer prejuízo, já que a concorrência nem sempre é suficiente para garantir preço justo, e os fornecedores procuram meios de vender seus produtos com lucros maiores (Santos, 2016).

Infelizmente, criou-se uma cultura simplista em torno da pesquisa. Parte da jurisprudência acabou cristalizando a lógica de que três orçamentos validam o preço de mercado, mas a lei não determina essa sistemática. O que a lei determina é que as compras, sempre que possível, deverão “balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública” (art. 15, da Lei nº 8.666/1993).

Para o TCU, deve-se utilizar a maior amplitude possível de fontes de referências para a pesquisa de preços nos processos de contratação – seja por licitação, dispensa ou inexigibilidade. Esse é o conceito de “cesta de preços aceitáveis”: fornecedores, pesquisa em catálogos de fornecedores, pesquisa em bases de sistemas de compras, avaliação de contratos recentes ou vigentes, valores adjudicados em licitações de outros órgãos públicos, valores registrados em atas de registro de preços e analogia com compras e contratações realizadas por corporações privadas (Acórdãos 2.170/2007 e 819/2009 do Plenário).

Nesse sentido, o TCU entende que, somente quando não for possível obter preços referenciais nos sistemas oficiais, a pesquisa pode se limitar a cotações de fornecedores (Acórdão 2.531/2011 – Plenário). Afinal, o potencial fornecedor tem interesse oposto ao da Administração nessa situ-

ação. Para ele, é mais vantajoso oferecer orçamentos inflados, permitindo uma margem maior de lucro ou de negociação com o órgão comprador na participação da licitação mais adiante. Em outro julgamento, o TCU já reconheceu que os fornecedores não são boas referências de preço:

Acórdão 299/2011 – Plenário

A estimativa que considere apenas cotação de preços junto a fornecedores pode apresentar preços superestimados, uma vez que as empresas não têm interesse em revelar, nessa fase, o real valor a que estão dispostas a realizar o negócio. Os fornecedores têm conhecimento de que o valor informado será usado para a definição do preço máximo que o órgão estará disposto a pagar e os valores obtidos nessas consultas tendem a ser superestimados.

CASO CONCRETO: PESQUISAS DE PREÇOS FICTÍCIAS

Pesquisas de preços simuladas são fraudes comuns em licitação. Em análise de um pregão para aquisição de materiais permanentes para a Secretaria de Saúde de Itapecuru Mirim (MA), por exemplo, o TCU verificou que duas empresas, distantes 200 km e 150 km em sentidos opostos do município responsável pela licitação, participaram de coleta de preços, com documentos físicos de oferta de preços, na mesma data em que a cotação foi solicitada. Uma delas foi a única a participar e a vencer o certame (Acórdão 1.465/2015 - 2ª Câmara).

O TCU identificou que a outra empresa era do ramo de coleta de lixo, bem diferente, portanto, do comércio de equipamentos hospitalares. Além disso, observaram-se semelhanças entre os documentos, pretensamente confeccionados pelas duas empresas: mesma tabulação, mesmos títulos das colunas das tabelas e, principalmente, mesma classificação utilizada para os itens a serem licitados (materiais e equipamentos médico-hospitalares e odontológicos; materiais permanentes diversos; materiais de refrigeração diversos; material permanente de informática), ressaltando que a Administração não utilizara essa classificação.

Um outro caso de pesquisa de preços simulada foi verificado em Bauru (SP). Em 2012, a Secretaria de Esportes licitou peças de xadrez. Os valores homologados foram extremamente inferiores ao preço estimado. Na cotação prévia, um tabuleiro sairia por R\$ 650,00, mas foi ofertado a R\$ 9,90 na licitação. O Ministério Público passou a investigar, então, uma possível fraude na pesquisa de preços. A proprietária de uma empresa teria falsificado o orçamento de outra. O servidor público responsável pela cotação contou que ela, ao entregar a cotação de sua empresa, se ofereceu para fornecer o orçamento de outra.

3 :: EDITAL RESTRITIVO

O edital de uma licitação fixa as condições necessárias à participação dos licitantes, ao desenvolvimento da licitação e à futura contratação. A Administração está vinculada aos termos do edital, sendo-lhe vedado ampliar o sentido de suas cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previsto.

A fim de garantir maior competitividade possível à disputa, tanto a Constituição Federal de 1988 como a Lei nº 8.666/1993 proíbem qualquer exigência além do indispensável para assegurar o cumprimento das obrigações contratuais. Pela Lei nº 8.666/1993, somente poderá ser exigida dos interessados, para habilitação nas licitações, documentação relativa a:

- Habilitação jurídica;
- Qualificação econômico-financeira;
- Qualificação técnica;
- Regularidade fiscal e trabalhista;
- Cumprimento do disposto no inciso XXXII do art. 7º, da Constituição Federal (restrições e proibições ao trabalho de menores).

Portanto, a legislação vigente prevê um rol de condições que podem ou devem ser impostas pela Administração para resguardar o seu interesse na contratação, porém dentro de um equilíbrio entre essa necessidade e o princípio da competição. As balizas para que esse equilíbrio seja mantido, isto é, para que não haja restrição indevida à competitividade, são dadas pelos termos da própria legislação, bem como pela jurisprudência dos tribunais de contas, que interpretam a sua aplicação a casos concretos.

Assim, a inclusão de cláusulas restritivas nos editais de licitação compromete a efetiva competição entre os licitantes por meio de direcionamento indevido do processo para favorecer determinado fornecedor. Nesse sentido, o direcionamento de licitações públicas é um dos mecanismos mais comuns de canalização de recursos públicos para os agentes fraudadores. O gestor mal-intencionado dirige as licitações para determinados fornecedores por meio da especificação de condições impeditivas da livre concorrência, incluindo exigências que os demais fornecedores em potencial não têm condições de atender.

Essa prática visa excluir indevidamente a participação de um ou mais concorrentes ao se incluírem requisitos desnecessários no edital de licitação, beneficiando determinado fornecedor com o uso de artimanhas, tais como exigências técnicas combinadas, que terminam por eliminar os outros concorrentes.

3.1 QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Para o cumprimento desse requisito, as principais cláusulas restritivas identificadas nos processos licitatórios estão relacionadas às seguintes situações:

a) Exigência irregular de garantia de proposta

A Lei nº 8.666/1993 prevê a possibilidade de a Administração exigir a garantia de participação, com o objetivo de substituir a comprovação de capacidade econômico-financeira. A lógica é reduzir o risco de participação dos chamados licitantes “aventureiros”. No pregão, essa exigência é proibida.

Contudo, há casos em que a exigência da garantia de proposta pode ter efeito ou finalidade restritivos à competição:

- Exigência simultânea de garantia de participação e de patrimônio líquido mínimo: afronta o disposto no art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/1993 e na Súmula 275 do TCU;
- Recolhimento com antecedência à abertura do certame: isso leva ao conhecimento antecipado das empresas que efetivamente participarão do certame, o que compromete o caráter competitivo da licitação e permite a formação de conluio, no entendimento do TCU (Acórdãos 802/2016, 3.014/2015 e 2.074/2012 do Plenário);
- Limitação das modalidades de garantia aceitas: a legislação prevê as possibilidades de caução em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária, não havendo razão que autorize a Administração a restringir qualquer uma delas, cabendo à licitante avaliar a modalidade que mais lhe convém;
- Aplicação de percentual excessivo: a garantia proposta pode ser exigida durante a licitação, no montante de até 1% do total licitado, porém muitas vezes essa exigência determina percentual superior ao permitido pela legislação;
- Garantia exigida para o valor global da licitação: quando a licitação é realizada por lote ou por item, a garantia de proposta, assim como os demais requisitos de qualificação econômico-financeira, deve ser proporcional ao(s) objeto(s) para os quais o licitante está concorrendo, e não calculada com base no valor global da licitação.

b) Demonstrações contábeis exigidas indevidamente

No que diz respeito à qualificação econômico-financeira, ou seja, a demonstração da boa saúde financeira da licitante, o edital pode exigir a apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social como meio de comprovar os índices contábeis mínimos, se estes forem exigidos no certame.

Sobre o assunto, a jurisprudência dos tribunais tem se posicionado da seguinte forma:

- O prazo para aprovação do balanço patrimonial e demais demonstrações contábeis é o estabelecido no art. 1.078, do Código Civil, portanto, até o quarto mês seguinte ao término do exercício social (30 de abril); ocorrendo a sessão de abertura de propostas em data posterior a esse limite, torna-se exigível, para fins de

qualificação econômico-financeira, a apresentação dos documentos contábeis referentes ao exercício imediatamente anterior (Acórdão 1.999/2014 – Plenário);

- A exigência de fotocópia integral do livro diário como requisito de habilitação em licitação contraria o princípio da eficiência administrativa, sendo suficientes para a análise da qualificação econômico-financeira apenas cópias das páginas referentes ao balanço patrimonial, às demonstrações contábeis e aos termos de abertura e de encerramento, autenticadas pela Junta Comercial (Acórdão 2.962/2015 – Plenário).

c) Capacidade econômica exagerada

As diretrizes para as exigências de qualificação econômico-financeiras são descritas de maneira didática na Instrução Normativa MARE nº 05/1995:

7.1. [...] V - a comprovação de boa situação financeira [...] será baseada na obtenção de índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), resultantes da aplicação das fórmulas:

$$LG = \frac{\text{Ativo Circulante} + \text{Realizável a Longo Prazo}}{\text{Passivo Circulante} + \text{Exigível a Longo Prazo}}$$

$$SG = \frac{\text{Ativo Total}}{\text{Passivo Circulante} + \text{Exigível a Longo Prazo}}$$

$$LC = \frac{\text{Ativo Circulante}}{\text{Passivo Circulante}}$$

7.2 As empresas que apresentarem resultado igual ou menor do que 1 (um) em qualquer dos índices referidos no inciso V, quando de suas habilitações, deverão comprovar, considerados os riscos para a Administração e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou o patrimônio líquido mínimo, na forma dos §§2º e 3º, do artigo 31, da Lei nº 8.666/1993, como exigência imprescindível para sua classificação, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do §1, do artigo 56, do mesmo diploma legal, para fins de contratação.

7.2.1 O instrumento convocatório deverá prever, também, a alternativa escolhida e seu respectivo percentual, bem como a necessidade de garantia, se for o caso.

Segundo essa norma, seriam aceitáveis esses índices em valor igual ou maior do que 1. Editais restritivos comumente especificam índices acima desses níveis. No entendimento do TCU, é irregular exigir índices financeiros não usuais para avaliação da qualificação financeira dos licitantes, sob risco de restrição à competitividade do certame (ex. $LG \geq 2,5$).

A Lei nº 8.666/1993 exige que constem no processo administrativo da licitação as justificativas técnicas que motivaram a escolha dos índices contábeis previstos no edital. Da mesma forma, a jurisprudência do TCU proíbe a escolha arbitrária de índices. Pela Súmula 289, qualquer índi-

ce contábil diferente do usual deve estar fundamentado por parecer técnico que apresente os parâmetros utilizados para se chegar aos índices determinados, comprovando que são usualmente adotados para serviços de igual complexidade ou que a escolha se baseia em pesquisa em empresas do ramo, de modo a resguardar o princípio da competitividade.



FIQUE ATENTO

Para avaliação de índices contábeis, recomenda-se a comparação entre os índices exigidos no edital analisado e outros editais contemporâneos do mesmo órgão ou de editais para objetos similares, assim como um comparativo com os índices apresentados pela empresa vencedora. Se o edital analisado estiver muito diferente do padrão adotado no órgão ou se os índices exigidos são coincidentes com aqueles comprovados pela vencedora, os indícios de direcionamento se tornam bastante contundentes.

No que diz respeito à exigência de capital social ou patrimônio líquido mínimos, a interpretação da legislação vigente indica que o edital tem que optar claramente por uma dessas duas opções, não sendo permitida a inclusão de ambos os parâmetros. O percentual exigido (até o limite de 10%) deve ser proporcional aos riscos que a inexecução do contrato poderá acarretar para a Administração, considerando-se, entre outros fatores, o valor do contrato, a essencialidade do objeto e o tempo de duração do contrato.

E qual é a diferença entre Patrimônio Líquido (PL) e Capital Social (CS)? O PL representa contabilmente os recursos próprios da empresa, que não estão comprometidos com terceiros em um determinado momento. É um indicador da saúde financeira real e atual da empresa. Já o CS representa o aporte de recursos feitos pelos donos ou gerados pela empresa e formalmente incorporados ao capital. Capital integralizado é quando os recursos já entraram na empresa, e capital subscrito é quando os sócios se comprometeram a formalmente a investir na empresa.

O Patrimônio Líquido varia conforme as atividades da empresa. Já o Capital Social só é alterado mediante deliberação dos sócios, isto é, independe do exercício da atividade da empresa. Contabilmente, são conceitos diferentes, mas numa licitação atuam da mesma forma: fornecem indícios de capacidade patrimonial própria da licitante.

Resumindo, o edital pode exigir:

- i. somente índices contábeis mínimos;
- ii. somente Capital Social mínimo (vedada a exigência de que seja integralizado);
- iii. somente Patrimônio Líquido mínimo;
- iv. garantia de proposta (até 1% do estimado, proibida em pregão);
- v. índices contábeis e (se não atingir os índices) CS mínimo;
- vi. índices contábeis e (se não atingir os índices) PL mínimo; ou
- vii. índices contábeis e (se não atingir os índices) garantia de proposta (exceto em pregão).

d) Idoneidade financeira ou bancária

A exigência de declaração ou atestado de idoneidade financeira ou bancária, emitidos por entidade bancária, em nome da empresa licitante e até mesmo em nome de seus sócios e administradores, não tem previsão legal e é, portanto, irregular.

3.2 QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

A exigência de qualificação técnica para habilitação de empresas licitantes deve sopesar dois aspectos: garantir que a empresa contratada esteja apta a executar o objeto e evitar que se frustre a competitividade do certame licitatório em decorrência da constrição do universo de licitantes. Editais restritivos podem apresentar as seguintes exigências:

a) Profissionais do “quadro permanente”

Em licitações de obras e serviços, é comum que se exija das empresas licitantes a comprovação de um profissional habilitado e com experiência no objeto no quadro permanente de funcionários. É ilegal, entretanto, restringir a forma de comprovação de vínculo do profissional com a licitante.

Editais restritivos comumente exigem vínculo empregatício comprovado por carteira assinada, ficha de registro de empregado, registro como Responsável Técnico no CREA e até mesmo comprovantes de recolhimento de FGTS, assim como tempo mínimo de vínculo antes da licitação.

Sobre o tema, há jurisprudência pacífica do TCU condenando tais cláusulas e determinando que se aceite comprovação do vínculo profissional por meio de contrato de prestação de serviços, regido pela legislação civil comum, ou outro documento com o mesmo valor probatório. Além disso, o vínculo do profissional deve ser comprovado com base na data de entrega dos envelopes, conforme art. 30, §1º, I, da Lei nº 8.666/1993.

Acórdão 2.192/2007 – Plenário

Não se pode conceber que as empresas sejam obrigadas a contratar, sob vínculo empregatício, alguns profissionais apenas para participar da licitação. A interpretação ampliativa e rigorosa da existência de vínculo trabalhista se configura como uma modalidade de distorção: o fundamental, para a Administração Pública, é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus trabalhos por ocasião do futuro contrato. É inútil, para ela, que os licitantes mantenham profissionais de alta qualificação empregados apenas para participar da licitação. É suficiente, então, a existência de contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum.

b) Visita técnica restritiva

É comum que editais exijam visita técnica aos locais das obras ou de execução dos serviços licitados. As variações ficam por conta do prazo-limite para a visita ou a vistoria, condições específicas de realização e limitação de quem pode realizar. Essas obrigatoriedades já foram pacificadas pelo TCU como restritivas ao caráter competitivo (ex. Acórdão 1.265/2010 – Plenário). São consideradas irregulares exigências como:

- Visita técnica realizada por profissional específico: para o TCU, ainda que o objeto tenha complexidade suficiente para justificar a visita técnica, não pode a Administração determinar quem estaria capacitado a realizar tal visita, cabendo a escolha unicamente à empresa licitante (Acórdãos 800/2008 e 3.301/2015 do Plenário);
- Obrigatoriedade de comprovação da visita técnica: de maneira geral, o entendimento recente do TCU considera que a visita técnica não é o único meio de o licitante tomar conhecimento das informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações do certame licitatório, podendo ser substituída por uma declaração prestada pela empresa ao órgão contratante informando que conhece as condições necessárias para a prestação dos serviços; a vistoria obrigatória só é justificada quando sua imprescindibilidade for comprovada (Acórdão 727/2009 – Plenário);
- Visita acompanhada de servidor da contratante: não havendo restrição de acesso ao local ou justificativa técnica para a necessidade de acompanhamento por um técnico do órgão contratante, essa exigência não se justifica, por permitir à Administração conhecimento prévio dos potenciais participantes da licitação;
- Datas e horários prefixados: a exigência/ restrição de realização da visita técnica em datas e horários específicos atenta contra os princípios da moralidade e da isonomia, pois permite às licitantes conhecer o universo de concorrentes, facilitando o conluio;

CASO CONCRETO: OPERAÇÃO CAPIVARA

Em 2014, o Ministério Público do Rio Grande do Sul denunciou 66 proprietários e representantes de 40 empresas do ramo da construção civil e uma servidora pública municipal. Publicado o edital, o representante da empresa interessada em ganhar a licitação verificava, nas visitas técnicas ou na relação de retirada do edital, quais os potenciais concorrentes, oferecendo, então, entre R\$ 4 mil e R\$ 30 mil para que deixassem de participar ou oferecessem propostas superiores apenas para preencher as formalidades exigidas.

- Antecedência excessiva com relação à data de abertura: é irregular impor que a visita técnica ocorra com uma antecedência que efetivamente reduza o prazo mínimo de publicidade da licitação, prejudicando potenciais licitantes que eventualmente tomem conhecimento do certame nos últimos dias do prazo de publicidade. A Administração tem o dever de conceder integralmente esse prazo (art. 21, da Lei de Licitações) antes de exigir o cumprimento de qualquer requisito referente à licitação.

c) Comprovação de capacidade técnica exagerada

A legislação prevê a exigência de atestados para a comprovação de capacidade técnico-operacional da empresa licitante e, em alguns casos, também de capacidade técnico-profissional do responsável técnico indicado para a execução dos serviços. Muitas vezes, exigências arbitrárias relativas a essa comprovação visam restringir a competição e beneficiar licitantes específicos.

Listamos algumas situações consideradas restritivas:

- Exigência de atestados em quantidade mínima, máxima ou fixa: o TCU considera ilegais cláusulas editalícias exigindo número específico ou restrito de atestados a serem apresentados pela empresa licitante (Acórdãos 244/2003, 584/2004, 170/2007, 1.636/2007, 2.462/2007, 43/2008, 597/2008, 1.949/2008 e 1.780/2009 do Plenário);
- Vedação injustificada de somatório de atestados: o TCU também considera irregular vedar o somatório de atestados, salvo quando apresentada justificativa demonstrando que a complexidade do objeto não é compatível com essa possibilidade, especialmente quando se deseja aferir a capacidade do licitante em determinadas metodologias e técnicas (Acórdãos 1.898/2006, 170/2007 e 13.260/2011 do Plenário);
- Quantitativos mínimos exagerados: embora o TCU aceite a exigência de quantitativos mínimos para se comprovar a experiência da empresa licitante no tipo de serviço contratado, esses quantitativos não devem exceder 50% dos quantitativos previstos na licitação, sob pena de restringir indevidamente a competitividade dos certames (Acórdão 3.663/2016 da 1ª Câmara, e 1.284/2003, 2.088/2004, 2.656/2007, 2.215/2008 e 3.070/2013 do Plenário);

CASO CONCRETO: HABILITAÇÃO TÉCNICA RESTRITIVA

A exigência de quantitativos mínimos exagerados para a habilitação técnica de licitantes é uma tática usada com frequência para direcionar editais de construção de obras públicas. Esse tipo de cláusula tende a ser muito eficaz na restrição da competição da licitação, pois pode, sozinha, afastar quaisquer eventuais empresas interessadas que não tenham em seu portfólio a execução, não raro em uma única obra anterior, de quantidades exageradas, iguais ou até superiores ao total do que está sendo licitado.

Um exemplo disso foi verificado pelo TCU em julgamento referente à licitação para a construção de 255 casas, cujo edital exigia que a licitante já houvesse construído 250 unidades habitacionais, a ser comprovado “em um só atestado”. Nem a vencedora, única participante, comprovou o exigido, apresentando atestado de 200 casas. E mesmo assim foi habilitada. O TCU julgou a situação como absolutamente irregular (Acórdão 397/2013 – Plenário).

No âmbito da Operação Lava-Jato, um ex-executivo da Odebrecht afirmou em sua delação, a respeito da contratação de serviços para a reforma do Maracanã, que a empreiteira teria pagado propina a ex-governadores do Rio de Janeiro para impor ajustes no edital da licitação. “O edital foi publicado e, antes de ser publicado, apresentei exigências no papel para (...), que essas exigências fizessem parte no edital. Ele se comprometeu a dar segmento, o que, de fato ocorreu. O Artigo 9.3, do edital, foi redigido por encomenda da Odebrecht. Nesta parte do acordo, se estipulava que a empreiteira vencedora deveria ter construído um complexo esportivo com pelo menos 30 mil lugares, instalando 20 mil assentos, e ter experiências em obras de acessos a estádios. Somente a Odebrecht se encaixava neste perfil antes do período de obras da Copa do Mundo de 2014. Segundo o delator, a Odebrecht se amparou em outra construção para mostrar que estava em condições. “Eram restrições próprias para quem tinha executado um estádio, e nós tínhamos no acervo recente a conclusão do Engenhão. Estávamos garantidos”. (Fonte: “Odebrecht exigiu mudanças no edital de licitação do Maracanã, revela delator”, Lance, 15.abr.2017).

- Exigência de atestado de aptidão técnica registrado junto ao CREA: a jurisprudência recente do TCU tem ressaltado que é ilegal exigir comprovação técnica registrada junto ao CREA em nome da empresa, por contrariar a Resolução 1.025/2009 do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (Confea) (Acórdãos 128/2012 da 2ª Câmara, e 655/2016 e 205/2017 do Plenário);
- Quantitativos mínimos e prazos de experiência profissional: a Lei de Licitações veda, expressamente, a exigência de quantitativos mínimos ou prazos máximos para a comprovação da capacidade técnico-profissional, e a jurisprudência do TCU reforça esse entendimento (Acórdãos 2.081/2007, 608/2008, 1.312/2008, 727/2009, 2.585/2010, 3.105/2010, 276/2011 e 165/2012 do Plenário), tendo admitido algumas exceções em casos especiais, em que a exigência foi formalmente justificada como indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser assumida pela empresa vencedora do certame (Acórdãos 1.214/2013, 3.070/2013 e 534/2016 do Plenário);
- Experiência em parcelas irrelevantes do objeto: para comprovação da qualificação técnica tanto do profissional quanto da empresa, as exigências devem se referir às parcelas do objeto licitado que sejam, cumulativamente, de maior relevância técnica e de valor significativo, não sendo aceitável exigência referente a parcelas que representam um volume irrisório de recursos em relação ao conjunto do objeto (Súmula 263 e Acórdão 1.328/2010 – Plenário).

**FIQUE ATENTO**

Para a comprovação de capacidade técnico-operacional, não basta que a licitante detenha a capacidade comercial de fato, isto é, faz-se necessário também que ela esteja em conformidade com a lei. Para isso, os atestados apresentados devem ser condizentes com o objeto social da empresa delineado no contrato social. Na esteira desse entendimento, o TCU considera que não podem ser aceitos como válidos atestados de capacidade técnico-operacional que dizem respeito a serviços executados em data anterior à alteração do contrato social, por ser contrário à lei e ao contrato social (Acórdão 642/2014 – Plenário).

**CASO CONCRETO:
EXPERIÊNCIA EM SERVIÇOS DE POUCA RELEVÂNCIA**

Em um julgamento sobre licitação do município de Três Lagoas (MS) para a construção de uma Unidade de Saúde, o TCU considerou indevida a exigência de experiência prévia na colocação de piso em granilite, que representava apenas 4,5% do valor total (Acórdão nº 374/2009 – 2ª Câmara). Vale ressaltar que as exigências devem ser fundamentadas, de forma que fiquem demonstradas que são necessárias e pertinentes ao objeto licitado (Acórdão 1.942/2009 – Plenário).

Em licitações de obras monitoradas pelo projeto Obra Transparente, também já foram observadas exigências semelhantes como requisito para a habilitação técnica de licitantes. Em Uberlândia (MG), por exemplo, o edital de licitação para a conclusão de uma escola no Jardim Canaã II exigia atestados comprovando experiência na execução de piso de pedra rolada e piso de alta resistência em massa granítica, itens que representavam, respectivamente, apenas 2,6% e 4,9% do valor total orçado para a obra.

5.2.6.3.1- Para fins desta licitação, são considerados itens relevantes, aqueles representados pelos serviços a seguir discriminados:

- a) Execução de piso de pedra rolada em quantidade igual ou superior a 60 m².
- b) Execução de piso de alta resistência em massa granítica, em quantidade igual ou superior a 65 m².

- Falta de critérios objetivos para avaliação de experiência prévia: as exigências de experiência técnica devem ser estabelecidas de forma clara, explícita e objetiva e devem ser proporcionais à dimensão e à complexidade do objeto a ser executado; sem definição objetiva do que será considerado “semelhante” ou “similar” ao objeto licitado, em termos de experiência técnica prévia, qualquer julgamento será subjetivo e, portanto, irregular;
- Atestados acompanhados de cópias de notas fiscais ou contratos: a Administração não pode exigir que os atestados de capacidade técnica estejam acompanhados de cópias de notas fiscais ou contratos que os lastreiem, uma vez que a relação de documentos de habilitação constante dos arts. 27 a 31, da Lei nº 8.666/1993 é taxativa (Acórdãos 1.224/2015 e 944/2013 do Plenário).

d) Exigência de propriedade e localização prévia

As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, consideradas essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, devem ser atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade pelo licitante, vedadas as exigências de propriedade e de localização prévia (Acórdãos 2.656/2007, 608/2008, 381/2009 e 1.265/2009 do Plenário).

e) Certificado de qualidade

O TCU considera ilegal a exigência de certificação de qualidade como requisito de habilitação em procedimentos licitatórios, a exemplo de certificados "ISO 9000", selo ABIC para o café ou nível específico de certificação PBQPH – Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade do Habitat (Acórdãos 1.107/2006, 1.291/2007, 2.656/2007, 608/2008, 2.215/2008, 381/2009 e 3.291/2014 do Plenário). Aceitam-se certificados de qualidade apenas como critério de pontuação em licitações do tipo técnica e preço (Acórdão 539/2015 – Plenário).

f) Visto do CREA local

O TCU considera ilegal exigir, como condição de habilitação, visto do CREA do local da obra na certidão de registro da licitante. O instante apropriado para atendimento de tal requisito é o início do exercício da atividade, que se dá com a contratação, e não na fase de habilitação, sob pena de comprometimento da competitividade do certame. (Acórdãos 1.176/2016, 1.328/2010 e 1.728/2008 do Plenário).

g) Carta de solidariedade do fabricante

Editais restritivos costumam exigir comprovação de que o concorrente é representante autorizado do produto ofertado ou exigir declaração de solidariedade do fabricante para com o licitante no tocante à garantia do produto.

Conforme a jurisprudência do TCU, "a exigência de declaração do fabricante, carta de solidariedade, ou credenciamento, como condição para habilitação de licitante, carece de amparo legal, por extrapolar o que determinam os arts. 27 a 31, da Lei nº 8.666/1993, e artigo 14, do Decreto nº 5.450/2005".

Essa exigência pode ter caráter restritivo e ferir o princípio da isonomia entre os licitantes, por deixar ao arbítrio do fabricante a indicação de quais representantes poderão participar do certame. Existem outros meios de assegurar o cumprimento das obrigações pactuadas, tais como: pontuação diferenciada em licitações do tipo técnica e preço, exigência de garantia para execução contratual ou ainda multa contratual (Acórdãos 1.805/2015 e 1.350/2015 do Plenário).

h) Exigência de amostras de todos os licitantes

Segundo entendimento do TCU, a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório (Acórdãos 3.130/2007 e 4.278/2009 da 1ª Câmara, 2.780/2011 da 2ª Câmara, e 1.332/2007 e 1.291/2011 do Plenário).

A análise da amostra deve ser realizada por quem detenha conhecimentos técnicos específicos, relacionados ao objeto licitado. Não havendo recursos humanos disponíveis no âmbito da Administração licitadora, deve ser realizada por terceiros (do setor público ou privado, tais como laboratórios, entidades certificadoras etc.) conveniados ou contratados, conforme o caso. Não é lícita a análise e julgamento de amostras por agentes públicos não especializados ou que atuem segundo critérios subjetivos. Um exemplo clássico é a análise de amostra de café ou de serviços de buffet mediante degustação.

A exigência de amostras pressupõe a definição de critérios técnicos objetivos de avaliação das características inerentes aos produtos, estabelecendo parâmetros e níveis de aceitabilidade de variações, assim como instrumentos de avaliação.

Outro elemento fundamental para a exigência de amostras é a transparência dos procedimentos adotados, a fim de respeitar o direito de defesa dos licitantes. O laudo ou parecer emitido deve apontar de modo completo as características e as condições identificadas na amostra, a fim de que reste assegurado ao licitante o direito de interpor recurso e exercer o contraditório e a ampla defesa.

CASO CONCRETO:

AMOSTRA RESTRITIVA EM PREGÃO DE ÔNIBUS USADOS

Em uma prefeitura de Minas Gerais, realizou-se um pregão para a compra de seis ônibus escolares usados. O edital exigia que os concorrentes apresentassem os veículos para vistoria. Os interessados alegaram inviabilidade e altos custos para o deslocamento. Um deles propôs pagar a viagem dos vistoriadores, mas teve o pedido negado e a empresa não pôde concorrer. Diante dessa exigência, uma pessoa participou sozinha. Segundo a ata do pregão, teria cumprido a cláusula. Mas, em depoimento ao Ministério Público estadual, o vendedor afirmou que apenas um ônibus foi enviado para a vistoria e os demais teriam sido avaliados em outra cidade. Consta de um Agravo de Instrumento que o vendedor jamais atuou no comércio de veículos. Ele teria sido beneficiado por outra cláusula do edital, que possibilitou a participação de pessoas físicas, mesmo existindo cláusula exigindo que os licitantes fossem do ramo. Para o Ministério Público, houve fraude à licitação visando ao superfaturamento de preços: cada veículo foi comprado por R\$ 30 mil e vendido à Prefeitura no dia seguinte por R\$ 72 mil.

i) Alvará do município da licitação

A exigência, como documentação relativa à qualificação técnica, de alvará de funcionamento no município em que será realizada a contratação, favorecendo licitantes que tenham domicílio em determinado lugar, restringe o caráter competitivo do certame e fere o princípio da isonomia, contrariando a vedação do art. 3º, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 e o art. 30, do mesmo diploma.

Em conformidade com o disposto no art. 30, §5º, da Lei nº 8.666/1993, é ilegal a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão referente a um local específico que importe em restrição ao caráter competitivo da licitação, salvo se devidamente justificada a sua necessidade para a perfeita execução do objeto licitado (Acórdãos 2.194/2007 e 855/2009 do Plenário).

3.3 REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA

Na análise da documentação relativa à habilitação fiscal dos licitantes, deve ser observada a regularidade perante o fisco. Editais que restringem a competição costumam apresentar exigências tais como:

- “Quitação” em vez de “regularidade” fiscal: a jurisprudência do TCU (Acórdãos 549/2011, 471/2008, 1.699/2007, 2.081/2007 do Plenário e Súmula 283) ressalta que não cabe à Administração Pública exigir que os licitantes apresentem certidões de “quitação” de obrigações fiscais (Fazendas Federal, Estadual ou Municipal, Dívida Ativa da União, FGTS e INSS) nem outros documentos não previstos na legislação, e sim, e tão somente, demandar a comprovação da “regularidade” junto a essas instituições;
- Certidão negativa de débito salarial e infrações trabalhistas: segundo o TCU, não há amparo legal para esse tipo de documentação (Acórdãos 697/2006 e 3.088/2010 do Plenário);
- Certidão de regularidade sindical: também é ilegal a exigência de Certidão de Regularidade Sindical e de guias de recolhimento de sindicato, sejam patronais ou de trabalhadores (Acórdão 951/2007 – Plenário);
- Certidão negativa de protestos: quaisquer exigências especiais de habilitação devem estar previstas na lei de licitações e justificadas no processo, sob pena de serem consideradas restritivas à competitividade do certame; não podem ser exigidos documentos não previstos no rol taxativo de documentação estabelecido no art. 31, da Lei nº 8.666/1993.

3.4 CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

Além desses requisitos de habilitação dos licitantes, é importante observar na elaboração do edital as regras de vedação à participação, direta ou indireta, em licitações ou execução de obra, serviço e do fornecimento de bens a eles necessários, para não incorrer em restrição à competitividade.

Nos termos do art. 9, da Lei nº 8.666/1993:

“[...] não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de

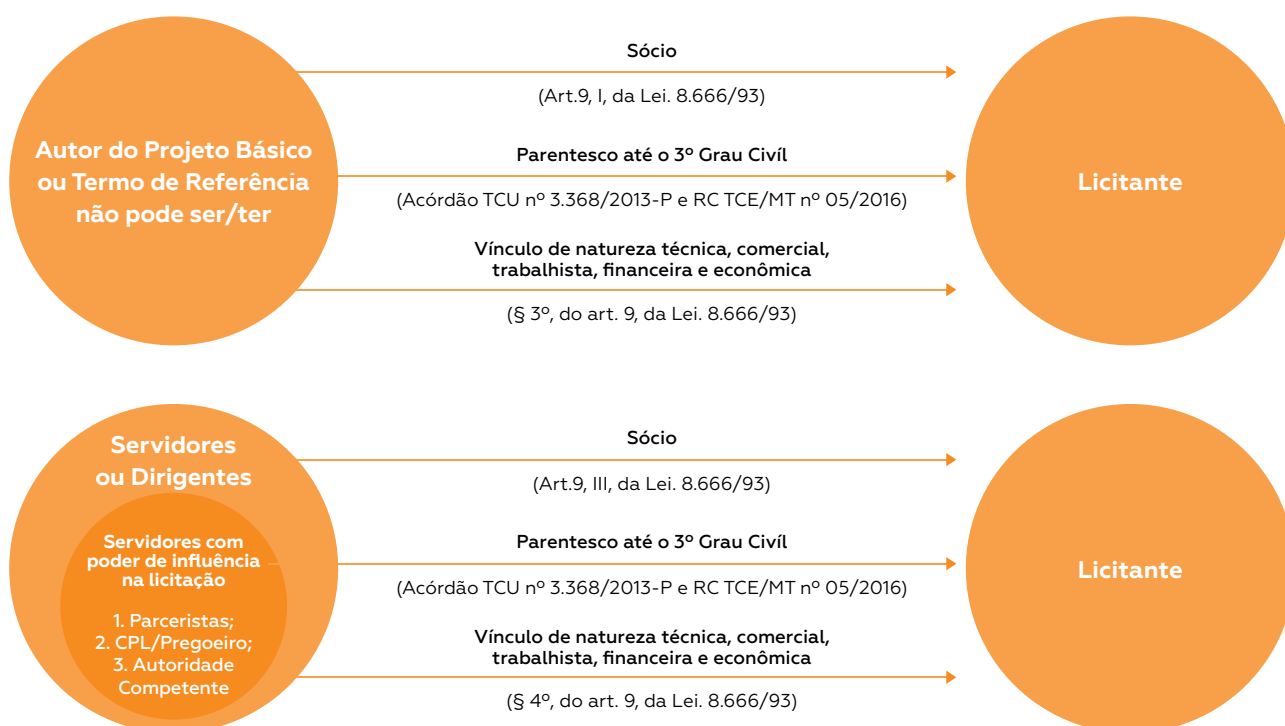
obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, Básico ou Executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do Projeto Básico ou Executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação”.

Essas regras de vedação estabelecidas pelo Estatuto de Licitações e Contratos e pela jurisprudência dos tribunais de contas podem ser sintetizadas da seguinte forma:



Fonte: Souza, 2017.

3.5 OUTRAS SITUAÇÕES

Além das cláusulas e condições restritivas em um edital de licitação, destacamos a seguir outras hipóteses que podem se constituir em indício de uma fraude em um processo licitatório:

a) Cobrança excessiva do edital

Muitos editais exigem cobrança de taxa de aquisição de edital superior ao custo efetivo da reprodução gráfica. Nessa linha, a cobrança excessiva pela reprodução do edital é um exemplo de restrição competitiva. A lei permite que a Administração exija pagamento para forne-

cer o edital, mas apenas para cobrir os custos efetivos de reprodução, conforme corroborado pelo TCU (Acórdãos 3.014/2015 e 2.749/2011, ambos do Plenário).

Além disso, a cobrança por editais em valor superior ao custo da reprodução gráfica ou ao custo da disponibilização em meio eletrônico é restritiva à competitividade da licitação (Acórdão 3.559/2014 - 2ª Câmara). A Lei é de 1993, época em que os arquivos digitais ainda não eram populares. Atualmente, com a disseminação massiva de dispositivos de memória, a reprodução de editais pode ser facilmente realizada sem qualquer custo.

b) Vedação à participação de consórcio sem motivação

O TCU tem orientado que, caso se opte por não permitir, no edital do certame, a participação de empresas na forma de consórcios, considerando a faculdade constante do art. 33, caput, da Lei nº 8.666/1993, tal escolha seja formalmente justificada no respectivo processo administrativo da licitação (Acórdãos 2.303/2015, 2.447/2014, 1.179/2014, 1.305/2013, 1.878/2005, 1.636/2007 do Plenário, 1.316/2010 e 1.102/2009 da 1ª Câmara e 3.654/2012 da 2ª Câmara).

A Administração pode optar por permitir ou não a participação de consórcios em licitações públicas, devendo a decisão ser motivada, o que é especialmente importante se a opção for vedar a participação, o que, em regra, restringe a competitividade do certame. Deveria ser analisada, portanto, a situação de cada contratação a partir de suas variáveis, tal qual o risco à competitividade, as dificuldades de gestão da obra ou serviço e a capacitação técnica dos participantes.

c) Vedação à participação de sócios em comum

Outra situação que pode levar à restrição da competição, mas que não encontra amparo legal, é a proibição indevida de participação de empresas com sócios em comum (ou sociedades do mesmo grupo econômico) no certame.

Sobre a participação de empresas com sócios em comum e sociedades do mesmo grupo econômico, o TCU firmou entendimento nos Acórdãos 526/2013 e 297/2009 (Plenário) nos seguintes termos:

"3.5. Do exposto, temos que a legislação que regula a realização de procedimentos licitatórios não veda explicitamente a participação de empresas com sócios em comum. Todavia, este Tribunal já considerou irregular a participação de empresas com sócios comuns em licitações nos seguintes casos:

- a) quando da realização de convites;*
- b) quando da contratação por dispensa de licitação;*
- c) quando existe relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do Projeto Executivo;*
- d) quando uma empresa é contratada para fiscalizar o serviço prestado por outra, cujos sócios sejam os mesmos."*

Assim, nas modalidades de licitação não mencionadas na jurisprudência do TCU, a Corte considera irregular a proibição de participação de empresas com sócios comuns.

4 :: PUBLICIDADE PRECÁRIA

A publicidade, expressamente consignada no caput do art. 37 da Constituição Federal, é o princípio que exige da Administração Pública a ampla divulgação de seus atos, como forma de efetivar a transparência e coibir abusos e atos de fraude e corrupção. A transparência estatal é uma condição primária para a garantia dos direitos do cidadão em face do Estado.

A adequada publicidade do aviso de licitação nos meios exigidos pela legislação é condição essencial para o cumprimento dos princípios constitucionais da publicidade e da isonomia e do art. 21, inciso III, da Lei nº 8.666/1993.

Além dos dispositivos presentes na Lei de Licitações, a Lei nº 12.527/2011 (LAI - Lei de Acesso à Informação) traz as seguintes orientações:

Art. 3º) Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;

V - desenvolvimento do controle social da administração pública. (...)

Art. 5º) É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão. (...)

Art. 7º) O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: (...) VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e (...)

Art. 8º) é dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo: (...) IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

O TCU recomenda que as organizações do setor público, em todas as esferas, atendendo aos artigos supracitados, publiquem na internet todos os documentos que integram os processos de aquisição (como solicitação de aquisição, estudos técnicos preliminares, estimativas de preços, pareceres técnicos e jurídicos etc.), menos os considerados sigilosos nos termos da lei (Acórdão 2.622/2015 – Plenário).

4.1 PUBLICAÇÃO RESTRITA

De maneira geral, a fraude licitatória muitas vezes conta com meios de restrição também da publicidade da licitação, de modo a limitar o universo de participantes que tomarão conhecimento do certame. Embora a publicação seja obrigatória, ainda é comum encontrar licitações sem a divulgação adequada nos jornais ou na internet.

A publicidade precária pode se dar de diferentes formas, sendo mais comuns estas descritas abaixo.

A publicação do aviso de licitação deve respeitar o prazo mínimo para abertura das propostas (tempestividade) e ocorrer nos meios de comunicação adequados. A ausência de publicação do extrato do edital em jornal oficial e também em jornal diário de grande circulação na região da aquisição do bem ou da prestação dos serviços fere os princípios constitucionais da publicidade e da isonomia e o art. 21, inciso III, da Lei nº 8.666/1993.

Reiteradas deliberações do TCU (ex. Acórdãos 898/2010, 2.496/2010 e 926/2009 do Plenário, 1.614/2009 e 2.481/2008 da 1ª Câmara, entre outros) reafirmam que os resumos dos editais de licitação devem ser publicados no Diário Oficial da União ou no Diário Oficial do Estado ou do Distrito Federal, conforme o caso, bem como em um jornal de grande circulação no local da aquisição do bem ou da prestação dos serviços. Mais recentemente, em função da Lei nº 12.527/2011 (Art. 8º, §1º, IV e §2º), a divulgação de editais na internet se tornou obrigatória.

CASO CONCRETO: PUBLICAÇÃO FICTÍCIA

Uma forma sofisticada de fraude é a publicação fictícia. Uma reportagem do Fantástico, da Rede Globo, abordou um caso desses. Segundo as investigações, uma Prefeitura do estado do Rio de Janeiro conseguia criar aparência de legalidade forjando avisos de licitação em um jornal local. O pulo do gato: o jornal disponível para venda nas bancas não era o mesmo do processo. A quadrilha criava uma falsa edição do jornal, para fingir que dava publicidade à licitação. A página forjada funcionava como evidência de legalidade.

Numa conversa gravada na sede do jornal, uma pessoa finge que representa o prefeito para dar o mesmo golpe. Funcionários do jornal afirmam que fazem a edição com a data que o cliente quiser, “ainda mais que é pro Tribunal de Contas (sic)”. Um ex-funcionário da gestão do prefeito confirma a denúncia, alegando que se gerava uma publicação com data anterior para constar na Prefeitura, para apresentar aos órgãos de controle.

Outro caso curioso aconteceu no interior de Mato Grosso. O edital teria sido publicado no site da Prefeitura. As propriedades do arquivo, uma espécie de “impressão digital” de documentos de computador, indicam que ele foi criado em 6 de abril de 2010. Só que a licitação teria sido aberta em 26 de março de 2010. O arquivo do edital só passou a existir depois que o certame havia acabado.

4.2 PRAZO ÚTIL RESTRITO

Uma das formas de restringir o prazo mínimo de publicidade até a abertura das propostas é publicar o aviso da licitação na sexta-feira ou antes de um feriado, contando os dias corridos e reduzindo os dias úteis para conhecimento e participação no certame. Essa forma de restrição ao caráter competitivo frequentemente é conjugada com garantia de proposta antecipada e/ou com visita técnica obrigatória.

A tática é a seguinte: escolhe-se uma data propícia para divulgação do certame, de maneira a limitar o acesso ao edital, em função de finais de semana e feriados e pela exigência de requisitos anteriores à abertura do certame, como a exigência de garantia de proposta até 5 dias úteis antes da entrega de envelopes, por exemplo. Dessa maneira, uma concorrência que deveria respeitar 30 dias de prazo mínimo entre a divulgação e a abertura pode ser reduzida efetivamente para menos de 10 dias de tempo útil.

Como exemplo, pode-se citar uma licitação em um município do estado de São Paulo para locação de ambulâncias. O aviso foi publicado em 21 de dezembro. A abertura foi marcada para o dia 28. A prefeitura estava fechada entre os dias 22 e 25, por conta do Natal. Como resultado, as licitantes tiveram apenas dois dias para obter o edital e participar da licitação, favorecendo a empresa previamente acertada para vencer o certame.

Em outro caso real, numa Prefeitura no Mato Grosso distante 830 km da capital, para comprar o edital, o que somente poderia ser feito de maneira presencial, o interessado deveria pagar R\$ 300 por meio de guia no banco. Depois deveria apresentar o comprovante, para que, em até 48 horas, uma cópia do edital fosse disponibilizada. O aviso da licitação foi publicado na sexta-feira de Carnaval. A repartição só voltaria a abrir na quinta-feira pós-feriado. E a sexta-feira seguinte era a data para a visita obrigatória, marcada para cinco dias úteis antes da abertura, a ser realizada somente pelo responsável técnico da interessada.

Quem tomasse conhecimento do aviso, só teria um dia (quinta) para comprar o edital. Mas precisaria esperar até 48 horas para obtê-lo para, então, descobrir que deveria ter realizado a visita obrigatória, cujo prazo já teria passado. Não é de se admirar que uma única empresa tenha aparecido e vencido.

4.3 INFORMAÇÕES INSUFICIENTES

Há casos em que, mesmo quando são publicados os avisos de acordo com os requisitos legais, as informações relevantes para potenciais licitantes podem vir de maneira pouco atrativa ou compreensível, senão para quem tiver informação privilegiada sobre a licitação ou puder ser beneficiado pelo direcionamento.

A descrição inadequada do objeto licitado no aviso de edital, por exemplo, pode ser um meio de intencionalmente restringir a competitividade do certame. Informações erradas sobre data e horário de abertura também podem ter essa finalidade.

CASO CONCRETO: DESCRIÇÃO GENÉRICA DO OBJETO

Em ação de improbidade administrativa no Pará, o Ministério Público Federal tratou de uma concorrência para contratar a implantação de infraestrutura e tecnologia do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU). Os avisos foram publicados na imprensa oficial e em jornais de grande circulação, porém, o objeto foi descrito como “contratação de serviços administrativos com implantação e implementação de infraestrutura e tecnologia, com obrigatoriedade de manutenção”, sem fazer qualquer menção ao SAMU, ponto central da licitação. Segundo depoimento de uma das integrantes da Comissão Permanente de Licitação, a orientação para essa redação partiu dos empresários que mais tarde seriam vencedores do certame. A ordem era publicar os avisos sem fazer referência ao termo SAMU, pois isso poderia “suscitar interesse de participantes”.

4.4 EDITAL “CAÇA AO TESOURO

O ente contratante pode reduzir a competitividade da licitação ao dificultar o acesso ao edital e a participação de potenciais interessados, mesmo publicando o aviso em todos os meios previstos na lei. Para isso, criam-se obstáculos e requisitos dispendiosos para a efetiva participação na disputa.

Por conta dessas armadilhas para licitantes, uma técnica de detecção relevante é checar as datas de publicação dos avisos, para avaliar se elas podem restringir, na prática, o prazo mínimo de divulgação do certame. Por exemplo, verificar se há feriados próximos à divulgação, assim como checar a existência de requisitos de habilitação que exijam esforços injustificados do interessado e o cumprimento em prazo anterior à abertura do certame, como garantia de proposta ou visita técnica.

Os custos de participação no processo licitatório, isto é, os dispêndios financeiros, de recursos humanos e de tempo, são variáveis consideradas pelo empresário antes de participar de uma licitação, motivo pelo qual podem ser considerados restrição à competitividade.

O exemplo abaixo ilustra uma situação com inúmeros “obstáculos” a potenciais interessados na licitação:



Fonte: Adaptado de Santos e Souza, 2016.

A Administração Pública deve buscar reduzir esses custos de participação com o objetivo de aumentar a participação das empresas. É nesse sentido o entendimento do TCU, consubstanciado na Súmula 272, que veda a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para casos em que os licitantes tenham de incorrer em custos desnecessários anteriormente à celebração do contrato.

Nessa linha, a cobrança excessiva pela reprodução do edital é um exemplo de restrição competitiva. A lei até permite que a Administração exija pagamento para fornecer o edital, mas apenas para cobertura dos custos efetivos de reprodução (Acórdãos 3.014/2015 e 2.749/2011 do Plenário).

5 :: JULGAMENTO NEGLIGENTE, CONIVENTE OU DEFICIENTE

Para compreender melhor esta tipologia de fraudes, é importante conhecer as etapas da chamada “fase externa” da licitação: habilitação dos licitantes, julgamento, adjudicação e homologação.

A fase de habilitação destina-se à verificação da documentação e de requisitos pessoais dos licitantes, para garantir que o licitante, na hipótese de ser o vencedor do certame, tenha condições técnicas, econômicas e financeiras e idoneidade para cumprir adequadamente o contrato objeto da licitação.

Na condução de licitações, falhas sanáveis meramente formais, identificadas na documentação das proponentes, não devem levar necessariamente à inabilitação ou à desclassificação, cabendo à comissão de licitação promover diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame (art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993). No caso das microempresas e empresas de pequeno porte, a Lei Complementar nº 123/2006 admite a possibilidade de corrigir falhas porventura existentes nos documentos de habilitação, qualquer que seja a modalidade de licitação adotada.

Um aspecto importante, nesta fase, consiste na verificação dos cadastros impeditivos, onde constam restrições para contratar com a Administração. Existem diversos cadastros que podem ser consultados, tais como:

- Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS);
- Cadastro Nacional de Empresas Punidas pela Anticorrupção (CNEP) (Lei nº 12.846/2013);
- Cadastro de Entidades Privadas Sem Fins Lucrativos Impedidas (CEPIM);
- Lista de Inidôneos do TCU;
- Cadastro Nacional de Condenações por Improbidade Administrativa (CNIA);
- Cadastro de Inidôneos dos Tribunais de Contas estaduais;
- Cadastro de empresas punidas pela própria Entidade contratante.



O art. 97 da Lei nº 8.666/93 dispõe que é crime admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo, ensejando por parte da Administração a adoção de procedimentos com vistas a evitar a participação dessas empresas ou profissionais inidôneos no certame.

É recomendado que essa verificação ocorra antes da abertura das propostas de preços. Além disso, na fase de habilitação a Administração pode adotar diversas atividades específicas de controle que podem ser eficazes na prevenção de fraudes e conluio, tais como a análise circunstanciada dos licitantes, das propostas e das alterações contratuais e a verificação das semelhanças entre as propostas, assinaturas, emissão dos documentos, erros ortográficos e gramaticais, a fim de evitar fraude ao processo licitatório.

A etapa de julgamento consiste no confronto das ofertas, classificação dos licitantes e determinação do vencedor, ao qual será adjudicado o objeto da licitação.

No julgamento das propostas, deve ser verificada a conformidade de cada uma com os requisitos previstos no edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado, fixados por órgão oficial competente ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços. Esse exame deve ser registrado na ata de julgamento.

Em caso de desclassificação de licitante, os motivos de fato e de direito devem constar da lavratura das atas dos certames licitatórios, nos termos do art. 38, inciso VIII, da Lei nº 8.666/1993. Destaca-se, ainda, que o art. 41, da Lei nº 8.666/1993, dispõe que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

De igual modo, o princípio do julgamento objetivo (art. 3º, da Lei nº 8.666/1993) vincula a Administração, quando da apreciação das propostas, aos critérios de aferição previamente definidos no edital. Este princípio garante que o julgamento se faça segundo critérios objetivos e conhecidos dos licitantes.

Adjudicação é ato pelo qual a Administração atribui ao licitante vencedor o objeto da licitação. Especificamente na modalidade pregão, ela é realizada pelo pregoeiro, exceto se houver recurso da licitante registrado em ata. Nas outras modalidades, a adjudicação pode ser feita pela comissão de licitação.

Homologação, por sua vez, é o ato que ratifica todo o procedimento licitatório e confere aos atos praticados aprovação para que produzam os efeitos jurídicos necessários. A homologação do procedimento licitatório não é um ato meramente formal, e sim a aprovação das decisões tomadas pelos membros da comissão de licitação. É um ato intransferível e indelegável, cabendo exclusivamente à autoridade competente, independente da modalidade.

Ao apor a sua assinatura para homologar o certame, a autoridade competente ratifica todos os atos da referida comissão, tornando-se por eles igualmente responsável. É relevante destacar,

ainda, que, em relação aos vícios ocorridos no procedimento licitatório, cabe responsabilização solidária da autoridade que homologa a licitação, exceto se as irregularidades decorrerem de vícios ocultos, dificilmente perceptíveis pela autoridade em questão, no entendimento do TCU (Acórdãos 3.389/2010, 1.457/2010 e 787/2009 do Plenário, dentre outros).

Embora não exista um comando normativo expresso na Lei nº 8.666/93 que obrigue a Administração a publicar os Termos de Adjudicação e de Homologação das licitações, a publicação desses atos se faz necessária para fazer cumprir o princípio da publicidade insculpido no caput do art. 3º da Lei de Licitações.

Nesse contexto, as possibilidades de fraude e de seu sucesso estão associadas à atuação da autoridade julgadora, que pode se caracterizar como:

a) Julgamento conivente

Trata-se da conduta dolosa em que o processamento da fase externa da licitação ocorre com a participação direta dos responsáveis pelo órgão licitante, com o objetivo de simular atos e fatos, direcionar resultado, encobrir a verdade, frustrando deliberadamente o caráter competitivo do certame.

b) Julgamento negligente

Neste caso, passam despercebidos erros grosseiros, falhas facilmente visíveis, ausência de documentos, evidências explícitas de montagem, simulação, adulteração, conluio, combinação entre licitantes. É caracterizado pelo desleixo, descuido, displicência, omissão, desatenção, falta de zelo, falta de cuidado proporcional aos riscos da atividade de processar o julgamento da licitação.

Aqui, os responsáveis pelo processamento da fase externa do certame deixam de observar o óbvio, contribuindo para a fraude ao não exercer, de forma diligente, seu papel de controle interno dos atos administrativos do processo licitatório. Em ambos os casos, conivência ou negligência, existe responsabilidade pelas fraudes. Seja pela omissão ou pela ação, os servidores do órgão contratante são elementos determinantes para o sucesso da empreitada criminosa.

c) Julgamento deficiente

Diferente das duas outras situações, aqui a fraude tem origem exclusivamente na conduta de agentes externos ao órgão contratante, e os elementos apresentados no processo são elaborados de maneira engenhosa, com aparência de credibilidade e legitimidade, dificultando ou mesmo inviabilizando a detecção por meio do exame tradicional, com o conhecimento, a experiência e as ferramentas disponíveis aos responsáveis pelo processamento do certame.

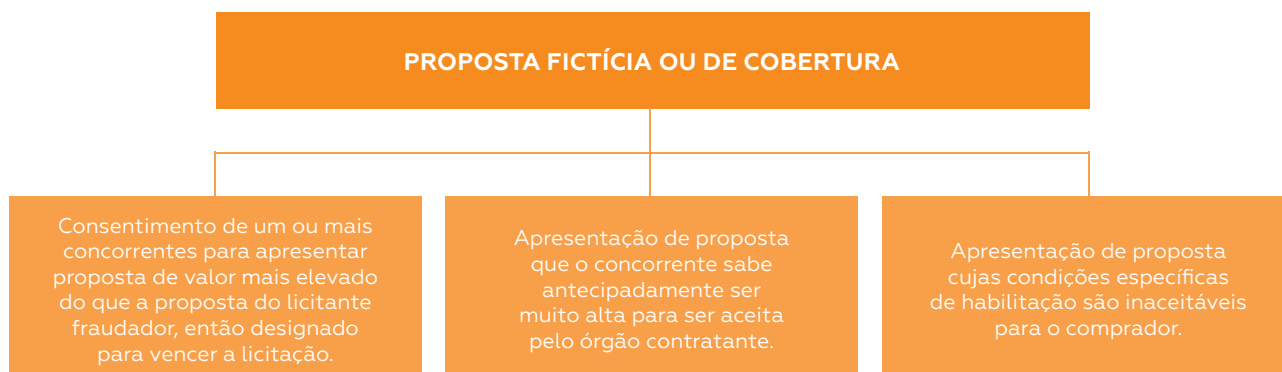
As principais ocorrências relacionadas a essas situações estão demonstradas a seguir.

5.1 PROPOSTA FICTÍCIAS OU DE COBERTURA

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2009), propostas fictícias ou de cobertura, também conhecidas como propostas “pró-forma”, complementares, de cortesia, figurativas ou simbólicas, são a forma mais comum de fraudes à licitação, princi-

palmente pelo fato de conferirem um caráter de aparente competitividade ao certame licitatório, com o objetivo de afastar investigações pelas autoridades de controle e defesa do Estado.

Para a OCDE (2009), as propostas fictícias ocorrem no seguinte cenário:



Fonte: Adaptado de Souza, 2017.

Essas condutas não são excludentes, podendo ocorrer isoladamente ou em conjunto e envolver um ou vários concorrentes. Também ocorrem o conluio de empresas legítimas e a utilização de empresas-fantasma ou de fachada (veja item 4.2).

Embora o mais comum seja a manipulação de preços, uma proposta fictícia não é apenas aquela que possui um falso preço ofertado, mas também aquela que propositalmente não atende aos requisitos de habilitação constantes no edital de licitação.

Nos processos licitatórios presenciais, as propostas de preços e os documentos de habilitação são entregues em dois envelopes distintos. Assim, também existirá proposta fictícia ou de cobertura quando, por exemplo, no envelope de habilitação de uma empresa falta intencionalmente uma certidão de regularidade fiscal que nele deveria constar, ou então quando os atestados de capacidade técnica são sabidamente incompatíveis com o objeto licitado.

Nesses casos, a prática de fraude à licitação possivelmente ficará acobertada devido à falsa ideia de que houve apenas a inabilitação de um dos concorrentes, quando, na verdade, o que houve foi um bem-sucedido conluio entre os participantes.

Trata-se, aqui, das propostas fictícias elaboradas sem o conhecimento do órgão contratante, como nos casos dos cartéis (veja item 6) e naqueles em que a Administração compactua com a farsa. Isso se aplica especialmente aos processos por meio de convite, em que há controle quase absoluto sobre os participantes.

A forma mais comum de evidenciar propostas fictícias ou de cobertura é por meio de análise dos documentos de habilitação e das propostas de preços. Podem-se verificar diversas situações indicativas de conluio entre empresas, tais quais:

a) Documentos emitidos em sequência

Uma das situações que melhor evidencia a simulação de competitividade é a sequência temporal de emissão de documentos de supostos concorrentes. Não é plausível que diversos licitantes, em condições efetivas de independência, sejam capazes de, apenas por coincidência, emitir, imprimir, extrair ou autenticar documentos em sequência numérica ou no mesmo intervalo de tempo.

Informação obtida em 18/01/2010, às 19:01:50. Informação obtida em 18/01/2010, às 18:52:38. Informação obtida em 18/01/2010, às 18:48:03.	Informação obtida em 29/06/2009, às 12:16:59. Informação obtida em 29/06/2009, às 12:18:22. Informação obtida em 29/06/2009, às 12:23:17.
Figura 01: Documentos de habilitação de 3 empresas diferentes com apenas 13 minutos de diferença	Figura 02: Documentos de habilitação de 3 empresas diferentes com apenas 6 minutos de diferença.

Data: 27/06/2009 - 10:45:28 Data: 27/06/2009 - 10:47:41 Data: 27/06/2009 - 10:49:21	emitido no dia 27/06/2009 às 10:02:46 (data e hora) Emitido no dia 27/06/2009 às 10:03:52 (data e hora) emitido no dia 27/06/2009 às 10:04:41 (data e hora)
Figura 03: Documentos de habilitação de 3 empresas diferentes com apenas 4 minutos de diferença.	Figura 04: Documentos de habilitação de 3 empresas diferentes com apenas 2 minutos de diferença.

Fonte: Souza, 2017.

b) Proporção linear nos preços

Outro caso de coincidência inexplicável é a razão matemática entre propostas. Planilhas de preços unitários com a mesma proporção linear indicam ausência de competitividade e quebra do sigilo das propostas. Para o TCU, não é plausível crer que a variação de preços nos mesmos percentuais em todos os itens cotados seja mera coincidência (Acórdão 397/2011 – Plenário).

Para ilustrar essa situação, vejam o exemplo abaixo, onde todos os preços da Licitante 3 são exatamente 0,23% maiores do que os da Licitante 2, que por sua vez são 0,39% maiores do que os preços da Licitante 1.

SERVIÇO	Valor da Proposta (R\$)		
	Licitante 1	Licitante 2	Licitante 3
desmontagem de painel de bronze	258,00	259,00	259,60
revisão das instalações elétricas	451,50	453,25	454,30
balcão do american bar	3.870,00	3.885,00	3.894,00
armário do american bar	2.322,00	2.331,00	2.336,40
portas vidro da vitrine	774,00	777,00	778,80
vidro 15mm e suporte cromado	1.290,00	1.295,00	1.298,00
tampo em madeira	1.032,00	1.036,00	1.038,40
testada em madeira	1.032,00	1.036,00	1.038,40
moldura com tela	258,00	259,00	259,60
vitrine do american bar	12.771,00	12.820,00	12.850,20

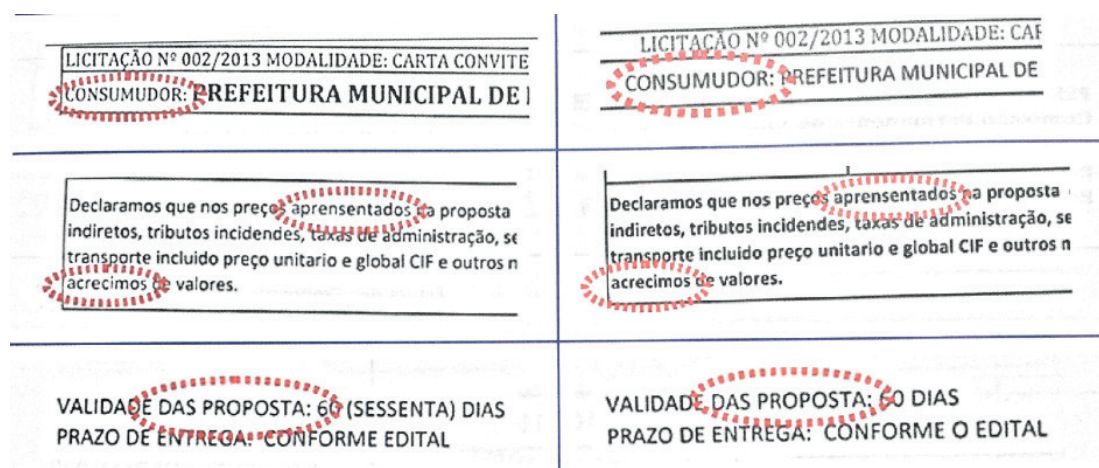
Fonte: Souza, 2017.

c) Propostas com a mesma diagramação, erros ortográficos e gramaticais

Um importante indicativo de fraude pode estar nos termos empregados e nos caracteres gráficos dos documentos de habilitação e das propostas entregues pelas empresas licitantes. Por meio desses elementos é possível evidenciar o conluio ou a simulação de competitividade.

Documentos com o mesmo padrão de apresentação, as mesmas características de abreviação e pontuação, os mesmos erros ortográficos e gramaticais, podem indicar que foram elaborados por uma mesma pessoa, fato que compromete a isonomia do certame licitatório em razão da violação do sigilo das propostas.

Como exemplo de coincidências relevantes, podem ser destacadas a identidade e a semelhança entre as propostas comerciais de empresas participantes de um processo licitatório, demonstrando existir conteúdo praticamente idêntico (sendo diferentes apenas o valor da proposta, o logotipo da empresa, o uso de itálico ou caixa alta ao longo do texto e pequenas inserções), evidenciando que foram elaboradas em conjunto.



Fonte: Santos e Souza, 2016.

Vários e diversos indícios de identidade de propostas de dois concorrentes são considerados pelos órgãos de controle como evidência suficiente de conluio. No Acórdão 1.292/2011 (Plenário), um dos elementos que levaram à conclusão de conluio e declaração de inidoneidade pelo TCU foi a existência de “propostas de empresas diferentes com idêntica padronização gráfica ou visual”.

Em outra oportunidade, por meio do Acórdão 3.190/2014 (Plenário), o TCU entendeu que havia fraude ao caráter competitivo do certame em função de, entre outros elementos, as propostas das três empresas terem a mesma diagramação, mesmo formato, mesmo número de páginas, mesma itemização e mesma redação, indicando que foram elaboradas por uma mesma pessoa ou comum mesmo modelo. O TCU, nesse caso, declarou a inidoneidade das empresas envolvidas.

5.2 EMPRESAS-FANTASMA OU DE FACHADA

O uso de empresa-fantasma ou de fachada é a prática de fraude à licitação que consiste na criação, por meio de registro nas juntas comerciais, de empresas que não atuam de fato no mercado, ou atuam se valendo da estrutura empresarial de outra.

Esse tipo de fraude, que viabiliza a participação de falsas empresas em licitações públicas, tem

o intuito de conferir aparência de ampla competitividade ao certame a partir da apresentação de proposta de cobertura, como descrito acima. As empresas-fantasma podem até mesmo excluir empresas idôneas da fase de lances de um pregão com propostas de preços fictícias.

Na maior parte dos casos, essas empresas assumem a natureza de micro ou pequena empresa (ME ou EPP), gozando de prerrogativas de desempate e preferência nas licitações, conforme dispõe o art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006. Ou seja, não bastasse a competitividade de fachada e a possibilidade de exclusão de licitantes idôneos, a constituição de microempresas-fantasma pode ainda levar à preferência de contratação destas em detrimento das demais.



Vasta jurisprudência do TCU considera que a participação em licitação reservada à ME e à EPP por empresa que não se enquadra nessa categoria é fraude ao certame, resultando em declaração de inidoneidade.

Na prática, vencendo uma ME ou EPP fantasma, quem vai executar o contrato é uma “concorrente” derrotada no certame ou uma empresa que sequer participou, mas que detém a estrutura operacional necessária (empregados, maquinário, veículos etc.), muitas vezes com o mesmo endereço e telefone e mesmo representante da empresa de fachada.



FIQUE ATENTO

Além de servir para simular competitividade por meio de propostas fictícias, empresas de fachada são muitas vezes o recurso utilizado por empresários com histórico de inidoneidade para continuar participando de licitações a despeito de penalidades anteriores. Registradas em nome de laranjas, essas empresas podem servir para burlar sanções como impedimento ou suspensão de licitar aplicadas a outras empresas dos reais dirigentes, ou até mesmo condenações judiciais contra a sua pessoa, que lhes impeçam de contratar com a Administração Pública. Dessa forma, a fraude permite que os verdadeiros sócios continuem a lucrar com a máquina pública. Portanto, na presença de indícios de participação de uma empresa de fachada ou fantasma em uma licitação, é importante se perguntar qual seria a motivação para a fraude, e a identificação de impedimentos como os mencionados acima contribui para corroborar a suspeita.

Algumas características costumam ser indícios relevantes da atuação fictícia da empresa:

- Objeto social “guarda-chuva”: é comum que empresas-fantasma realizem (supostamente) atividades heterogêneas como fornecimento de alimentos, produção de mobiliário, prestação de serviços administrativos, engenharia e comércio de informática. Apesar de existirem exceções, como grandes grupos que operam em diversas áreas comerciais, na maior parte dos casos a atividade empresarial é setORIZADA, adstrita a um determinado segmento, e não é plausível a atuação efetiva em muitos ramos distintos;

- Sócio com renda incompatível: informações de bases de dados como a Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), cadastros sociais como o Bolsa Família, moradia de aparência humilde, fotos e postagens no Facebook, estilo da assinatura, entre outros elementos, podem indicar a condição de “laranja” de sócio cujas condições sociais não sejam condizentes com a posição ocupada na empresa;
- Representação por procuração com plenos poderes: não é razoável que proprietários e administradores de fato de empresas atuantes deleguem plenos poderes a terceiros para representá-los e tomarem amplas decisões com impacto em seus negócios;
- Coincidência de endereço ou telefone com outra(s) empresa(s): pesquisas sobre a empresa na internet podem identificar informações comuns com outras empresas, o que sugere tratar-se de uma única empresa na realidade;
- Falta de estrutura operacional (aparente): isso pode ser evidenciado por ausência de indicação da empresa no endereço em que está registrada (o Google Street View é uma ferramenta útil para se verificar isso) ou registros contábeis incompatíveis com a existência de equipamentos e ativos necessários para o exercício de sua atividade.

Cabe às comissões de licitação redobrar a atenção e fiscalizar incisivamente o comportamento, a proposta e os documentos de habilitação de empresas que apresentem essas características.

CASO CONCRETO: “LARANJAS” CONDENADOS

O Tribunal Regional Federal (TRF) condenou um empresário e seu “laranja” nos crimes de falsidade ideológica e fraude à licitação. No caso em questão, o sócio-administrador de uma empresa prestadora de serviços, por ter restrições cadastrais em seu nome, transferiu a propriedade da empresa a um conhecido. Entretanto, o novo proprietário jamais adicionou qualquer importância monetária para a aquisição de cotas da sociedade empresária, tampouco praticou atos de gestão. Para o desembargador, a composição societária demonstrada no contrato social, apresentado no curso do procedimento licitatório, não se traduzia na verdade dos fatos, pois a empresa estava em nome de “laranjas”.

5.3 COINCIDÊNCIA DE REPRESENTANTES E RESPONSÁVEIS TÉCNICOS

Também se deve dar atenção aos procuradores, representantes e responsáveis técnicos das empresas participantes de certames licitatórios, pois podem existir coincidências. Nessa situação, a mesma pessoa atua por mais de uma concorrente, fato que compromete a isonomia em razão da violação do sigilo das propostas. Igualmente, a coincidência de contadores pode indicar relação indesejada entre participantes.

Para o TCU, duas firmas que participam numa licitação com o mesmo controlador, procurador ou representante, ou seja, que estejam sob o controle da mesma pessoa, cometem o crime de fraude ao processo licitatório por violar o princípio da competitividade (Acórdão 1.400/2014 – Plenário).

5.4 VÍNCULOS ENTRE LICITANTES E SERVIDORES PÚBLICOS

A participação de servidor público em licitações, ainda que indireta, é vedada pelo inciso III, art. 9º, da Lei nº 8.666/1993. O TCU possui interpretação clara sobre esse dispositivo:

Acórdão 1.198/2007 - Plenário (Sumário)

É irregular a participação, em licitação conduzida por órgão/entidade da Administração, de empresa cujo sócio presta serviços ao órgão/entidade relacionados, de alguma forma, à licitação, pois caracteriza o conflito ético que enseja a vedação estabelecida no art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.666/93.

Tal posicionamento se funda no princípio da moralidade, não havendo distinção em relação ao poder decisório do servidor envolvido ou seu conhecimento técnico acerca do objeto licitado.

O vínculo entre licitantes e servidores pode ser verificado por meio da comparação entre a composição do quadro societário da empresa vencedora da licitação e informações de servidores em portais de transparência, buscando evidências da existência de servidores pertencentes ao quadro societário da licitante vencedora, situação vedada pela Lei nº 8.666/93 e jurisprudência do TCU.

Sobre casos em que o vínculo é familiar, o TCU tem se posicionado da seguinte forma:

Acórdão 1.941/2013 - Plenário

[...] a despeito de não haver na Lei nº 8.666/1993 vedação expressa de contratação, pela Administração, de empresas pertencentes a parentes de gestores públicos envolvidos no processo, a jurisprudência desta Corte tem se firmado no sentido de considerar que há um evidente e indesejado conflito de interesses e que há violação dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade.

Vale ressaltar, porém, que não é a mera relação de parentesco entre um servidor (ou o autor do projeto) e um sócio da licitante que impedirá a participação no processo licitatório. A jurisprudência considera que a vedação, nesse caso, é relativa, a depender da capacidade do servidor de influir no resultado da licitação. A finalidade da vedação do art. 9º, Inciso III, da Lei nº 8.666/93 é impedir que alguém se beneficie da posição que ocupa na Administração Pública para obter informações privilegiadas, resguardando os princípios da moralidade e da igualdade. Se houver evidências de favorecimento, informação privilegiada, direcionamento ou qualquer outra vantagem indevida originada dessa relação autor do projeto com a empresa licitante, então, sim, os princípios terão sido violados.

5.5 DOCUMENTOS FALSOS: ATESTADOS, BALANÇOS, CERTIDÕES

A exigência de qualificação técnica para habilitação de empresas licitantes deve sopesar dois aspectos: garantir que a empresa contratada esteja apta a executar o objeto e evitar que se frustre a competitividade do certame licitatório em decorrência da constrição do universo de licitantes.

Cumpra-se essa exigência por meio de atestados de experiência. Consoante a jurisprudência consolidada do TCU, a mera apresentação de um atestado com conteúdo falso caracteriza o ilícito administrativo previsto no art. 46 da Lei Orgânica do TCU e faz surgir a possibilidade de declarar a inidoneidade da licitante fraudadora (Acórdãos nº 2.179/2010 e 1.940/2011 do Plenário).

Nos casos de dúvidas quanto à idoneidade dos atestados, é facultada à Comissão ou a uma autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de uma diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta (§3º do art. 43, da Lei nº 8.666/93).

Elementos indicativos de falsidade nos documentos apresentados podem incluir:

- Informações incompatíveis com bases de dados governamentais: o cruzamento de informações constantes da documentação apresentada pela empresa com dados de bases oficiais pode revelar inconsistências importantes, como a ausência de funcionários registrados na RAIS ou de emissão de notas fiscais em período em que a empresa alega ter prestado serviços ou tido receita em seu registro contábil;
- Inautenticidade de selos cartoriais: é possível consultar a autenticidade de selos cartoriais em bases dos tribunais estaduais, o que possibilita identificar se a informação constante do documento é condizente com as circunstâncias de utilização do selo em questão;
- Inautenticidade de certidões públicas: assim como no caso dos selos de cartórios, outras certidões exigidas de empresas licitantes (como a de regularidade fiscal) apresentam números únicos de certificação, que permitem a verificação de sua autenticidade, geralmente sob consulta na página do órgão que emitiu a certidão;
- Assinaturas divergentes: discrepâncias entre assinaturas (supostamente) da mesma pessoa em documentos distintos da mesma empresa podem indicar falsificação.

5.6 MONTAGEM PURA E SIMPLES

Uma fraude em licitação pode ser caracterizada pela simulação integral do processo, a montagem de peças documentais do começo ao fim. São inúmeros os casos desse tipo já iden-

tificados e investigados por órgãos de controle Brasil afora, especialmente envolvendo a modalidade convite, sobre a qual a Administração tem absoluto controle.

Processos desse tipo costumam apresentar vários dos indicativos já descritos anteriormente, como propostas com características comuns, participação de empresas inexistentes e documentos falsos.

Além disso, existem casos em que há absoluta inconsistência quanto às datas presentes nos documentos. Uma licitação, como todo processo administrativo, exige a observação cronológica dos fatos. Há uma sequência de passos ao longo do processo: prazos, rotinas, formalização. Frequentemente, em casos de fraude, encontram-se elementos que evidenciam a distorção da cronologia dos fatos, com a identificação de datas incoerentes e incompatíveis com a situação esperada.

Um caso clássico é o da carta-convite relâmpago. Tudo é feito no mesmo dia: pedido de compra, verificação de saldo orçamentário, autorização, pesquisa de preços, análise jurídica, elaboração do edital, envio das cartas, mesmo que os convidados estejam localizados a centenas de quilômetros de distância. Em outros casos, documentos de habilitação são autenticados, emitidos ou impressos depois de aberto o certame, até mesmo depois de assinado o contrato.

CASO CONCRETO: FÁBRICA DE LICITAÇÕES

Em 2015, a Justiça Federal condenou 20 pessoas envolvidas em fraudes a licitações no Amazonas. O esquema foi desarticulado pela Operação Vorax a partir de auditoria da CGU. A sentença classificou o esquema como uma “indústria de falsificações”: a organização criminosa, no começo, dividia lucros com empresários que participavam de processos direcionados, mas depois passou a utilizar empresas de fachada e em nome de laranjas em processos inteiramente fabricados. Muitos carimbos de empresas foram apreendidos durante a operação, escondidos no forro de uma casa. A Secretaria de Obras do município funcionou como “verdadeira linha de montagem”, simulando integralmente as licitações. Segundo depoimento de um digitador que atuava na Secretaria de Obras da prefeitura, “[...] os funcionários organizavam os documentos em pastas, montavam planilhas no computador com as logomarcas das empresas de construção e até assinavam em alguns documentos pelos sócios dessas empresas; o que era passado para os funcionários encarregados desse trabalho era o valor final do serviço, o qual não deveria ser ultrapassado, para não cair em outro tipo de modalidade de licitação”.

Fraudes sobretudo na modalidade convite podem envolver também a aquisição de bens e serviços de empresas muito distantes do município contratante. Segundo o TCU, o convite imotivado expedido exclusivamente a empresas sediadas em locais distantes da licitante, preterindo outras da localidade ou da circunvizinhança, macula o procedimento licitatório, fere os princípios da isonomia, da competitividade, da moralidade, da impessoalidade e da probidade administrativa (Acórdão 1.430/2015 – Plenário).

6 :: CONTRATAÇÃO DIRETA INDEVIDA

A realização da licitação é a regra geral dos órgãos e entidades da Administração Pública quando precisam comprar bens ou contratar obras e serviços. No entanto, a própria Constituição Federal contempla a possibilidade de a lei estabelecer hipóteses em que a licitação não acontecerá ou poderá não acontecer. Essas situações estão apresentadas no Estatuto de Licitações e Contratos como contratação direta, hipótese em que a licitação é legalmente inexigível, dispensada ou dispensável.

a) Inexigibilidade

Inexigibilidade de licitação é uma situação de exceção, caracterizada pela impossibilidade jurídica de competição, o que inviabiliza a realização do procedimento licitatório.

O art. 25 da Lei nº 8.666/93 relaciona exemplos de casos de inexigibilidade de licitação, não sendo, portanto, taxativo quando às situações aplicáveis. Assim, outras contratações em que esteja caracterizada a inviabilidade de competição, além daquelas descritas na lei, podem ser efetivadas por meio da inexigibilidade de licitação. Alguns exemplos relevantes são:

- Compra de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo (vedada a preferência de marca), devendo a Administração verificar a exclusividade mediante atestado de órgão competente (como juntas comerciais, sindicatos, federações ou confederações patronais, ou entidades equivalentes) que comprove essa condição;
- Contratação de serviços técnicos especializados, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
- Contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou por intermédio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, exigida a apresentação do contrato de exclusividade, registrado em cartório, entre o artista e o empresário contratado.

Uma outra hipótese de inviabilidade de competição não expressamente mencionada no art. 25 da Lei nº 8.666/1993 é o caso do credenciamento. Adota-se o credenciamento quando a Administração tem por objetivo dispor da maior rede possível de prestadores de serviços. Nessa situação, a inviabilidade de competição não decorre da ausência de possibilidade de competição, e sim pela falta de interesse da Administração em restringir o número de contratados, de acordo com a interpretação do TCU (Acórdãos 3.567/2014 e 1.150/2013 do Plenário e 5.178/2013 da 1ª Câmara).

Por fim, vale lembrar que para esse tipo de contratação também é obrigatória a pesquisa prévia de preços de mercado, com objetivo de demonstrar a adequação do valor contratado, instruindo o procedimento de inexigibilidade, para efeito de cumprimento da exigência legal de justificativa do preço (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93).

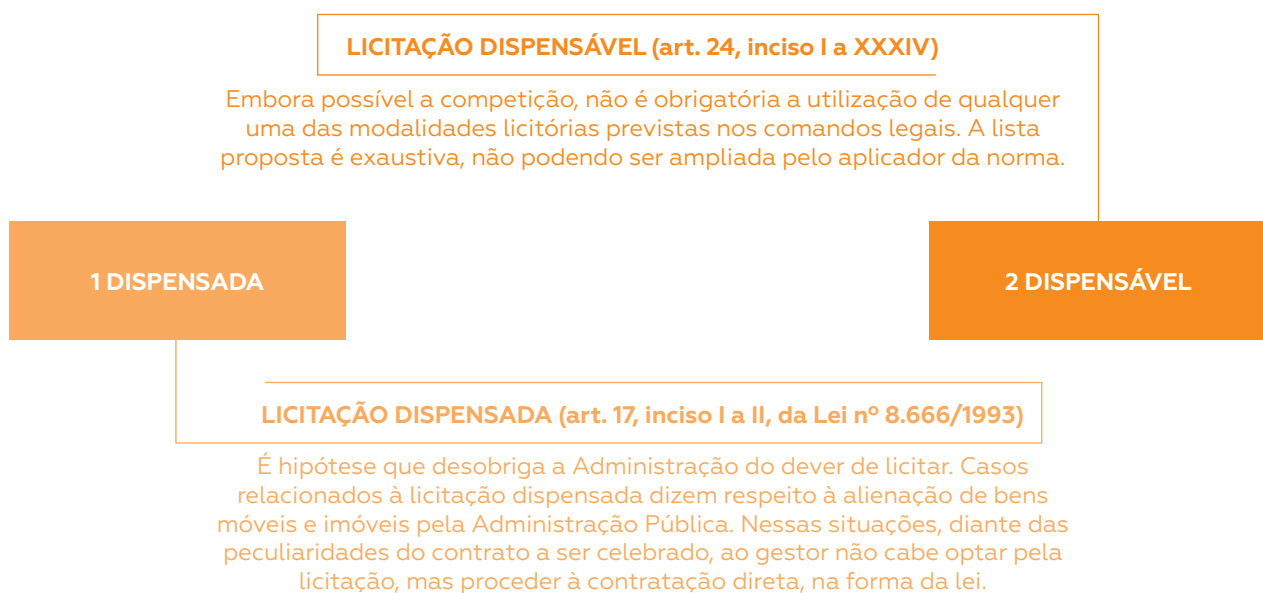
b) Dispensa de licitação

A dispensa de licitação ocorre quando existe possibilidade jurídica de competição, porém a lei determina sua dispensa ou autoriza a contratação direta do objeto para atender as necessidades da administração.

São também situações de exceção, em que, embora possa haver competição, a realização do procedimento licitatório pode se demonstrar inconveniente ao interesse público. Deve o gestor público ser cauteloso ao se decidir pela contratação direta, haja vista a Lei nº 8.666/1993 (art. 89) considerar crime dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses consideradas legais.

Além disso, o gestor que dispensar licitação indevidamente comete ato de improbidade administrativa (Inciso VIII, art. 10, da Lei nº 8.429/92). Caso comprovado superfaturamento nos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor do bem, o executor da obra ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (§ 2º, do art. 25, da Lei nº 8.666/93).

São hipóteses de dispensa a licitação dispensada e a licitação dispensável, conforme descrito a seguir:



Fonte: Souza, 2017.

Em face do exposto, os principais tipos de fraudes observados por meio de contratações diretas indevidas são os seguintes:

6.1 FRACIONAMENTO DE DESPESA PARA DISPENSAR

A dispensa de licitação com fundamento no baixo valor para a aquisição de bens ou a contratação de serviços cujos montantes globais ultrapassem os limites previstos na Lei de

Licitações, configura fracionamento de despesa e contraria a legislação e a jurisprudência dos órgãos de controle.

O fracionamento de despesa se caracteriza quando se divide a despesa para utilizar uma modalidade de licitação inferior à determinada pela legislação para o total da despesa, ou para efetuar contratação direta.

O entendimento do TCU é que a realização de contratações ou aquisições de mesma natureza, no mesmo ano, cujos valores excedam o limite previsto para dispensa de licitação demonstra falta de planejamento e caracteriza fuga ao procedimento licitatório e fracionamento ilegal da despesa (Acórdãos 1.620/2010 do Plenário, 4.279/2009, 834/2008, 1.973/2008 da 1ª Câmara, e 1.559/2008 e 370/2007 da 2ª Câmara.).

CASO CONCRETO: FRACIONAMENTO DE DESPESA

Em 2013, no julgamento da Ação Penal nº 565, o Supremo Tribunal Federal (STF) condenou o ex-prefeito por fraude à licitação. Segundo as investigações, o esquema criminoso consistia no fracionamento ilegal de licitação em obras e serviços de engenharia, para permitir a aplicação da modalidade convite, direcionando para cinco empreiteiras cujos sócios teriam ligações pessoais ou profissionais com o então prefeito. O STF entendeu que “a existência ou não de dano ao erário é irrelevante para a caracterização da fraude prevista no artigo 90, da Lei nº 8.666, no qual o bem protegido é o patrimônio moral da administração pública”. Durante o julgamento, o STF ainda aplicou multa aos condenados.

6.2 EMERGÊNCIA INDEVIDA

A AGU, por meio da Orientação Normativa nº 11, expediu a seguinte recomendação: “a contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24, da Lei nº 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese em que quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei”.

No entendimento do TCU, os processos licitatórios devem ser providenciados com a antecedência necessária para a sua conclusão antes de encerrar o contrato vigente, a fim de evitar a descontinuidade dos serviços e também a dispensa de licitação com base na hipótese de emergência (Acórdãos 260/2002 e 425/2012 do Plenário).

As fraudes ocorrem quando a “emergência” é fabricada, por não existir de fato ou por ter acontecido em função da negligência administrativa intencional. Assim como a contrata-

ção, a prorrogação indevida de contrato sob alegação de emergência é prática condenada pelos órgãos de controle. A jurisprudência do TCU somente aceita como justificativa as hipóteses resultantes de fato superveniente (Acórdãos 106/2011, 1.527/2011, 1.947/2009, 1.667/2008, 788/2007 e 1.095/2007 do Plenário).

CASO CONCRETO: DISPENSAS EMERGENCIAIS IRREGULARES

As cortes brasileiras têm punido gestores que realizam contratações diretas emergenciais sem que isso se justifique de fato. Um caso dessa natureza levou à condenação em primeira instância de um ex-governador do Distrito Federal, por contratar sem licitação a reforma do Ginásio Nilson Nelson, em 2008, para sediar o Campeonato Mundial de Futsal. Segundo a denúncia, o então governador demorou demais para providenciar a contratação, o que resultou em dispensa realizada às pressas. Para o Ministério Público, a Administração não pode “fabricar” uma suposta emergência e com isso burlar a obrigatoriedade da licitação.

No Maranhão, foram condenados os envolvidos em dispensa para compra de quatro mesas para o salão do Pleno do Tribunal de Justiça do Maranhão, após a criação de quatro vagas para desembargador. Alegaram que a necessidade era urgente, mas o juiz do caso entendeu que, muito antes da posse dos novos desembargadores, já se conhecia a demanda pelo mobiliário, o que não justificava contratar diretamente sob a alegação de emergência.

6.3 FALSA EXCLUSIVIDADE

Conforme reiterada jurisprudência do TCU, nas contratações oriundas de inexigibilidade de licitação, em que o objeto só possa ser fornecido por um produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é necessária a comprovação de exclusividade mediante atestado fornecido por órgão competente (Acórdãos 1.975/2010 e 2.854/2010 do Plenário, e 2.809/2008, 3.645/2008 e 5.053/2008 da 2ª Câmara).

Nesse sentido, a jurisprudência do TCU é firme no sentido de “considerar válidos apenas os certificados de exclusividade emitidos pelos entes enumerados no art. 25, I, da Lei nº 8.666/93, para fins de evidenciar a exclusividade de produtor, empresa ou representante comercial nas aquisições de que tratam este dispositivo” (Acórdão 723/2005 – Plenário).

Ademais, por meio da Orientação Normativa nº 16/2009, a AGU dispõe que “compete à Administração averiguar a veracidade do atestado de exclusividade apresentado nos termos do art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666/93”.

6.4 FALSA SINGULARIDADE

A jurisprudência do TCU consubstanciada na Súmula 252 é de que a inviabilidade de competição, a que se refere o art. 25, inciso II da Lei nº 8.666/93, decorre da convergência de três fatores: o serviço técnico especializado (que deve estar incluído entre os mencionados no art. 13 da referida lei), a natureza singular do serviço e a notória especialização do contratado.

Assim, não basta comprovar que o serviço técnico é especializado, dentre aqueles indicados no rol do art. 13, da Lei nº 8.666/93, e que tem natureza singular; é indispensável demonstrar inequivocamente que somente determinada empresa, ou profissional, por deter conhecimentos específicos naquele ramo de atividade, estaria apta a realizar o serviço que se pretende contratar, isto é, que o executor possui notória especialização, nos termos do §1º, do art. 25, da mesma lei.



FIQUE ATENTO

Segundo o TCU, a fraude em contratação direta também sujeita a empresa à inidoneidade. No Acórdão 1.293/2011 (Plenário), a corte deixou claro que os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos para selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. E, por isso, os envolvidos podem ser submetidos a procedimento de penalização, do mesmo modo que em outras modalidades licitatórias.

7 :: CARTELIZAÇÃO

Cartel pode ser entendido como um acordo expresso ou tácito entre concorrentes para, principalmente, fixar preços de venda ou quotas de produção, dividir carteira de clientes e mercados ou combinar preços e ajustar vantagens em concorrências públicas e privadas.

A Lei nº 12.529/2011 prevê expressamente, como exemplo de ilícito concorrencial, o conluio entre licitantes para restringir a disputa em licitações públicas, nos seguintes termos:

Art. 36. Constituem 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:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: [...]
d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

(Lei nº 12.529/2011)

Essa prática é conhecida como "conluio", "cartel", "concertação", "combinação" de licitantes e tem por objetivo restringir ou eliminar a rivalidade entre participantes potenciais ou efetivos, a fim de aumentar o preço pelo qual a Administração contratará determinado bem ou serviço, ampliando o lucro dos conspiradores.

Cartéis são particularmente comuns em licitações, prejudicando os esforços do Poder Público em utilizar adequadamente os recursos em benefício da sociedade. Eles favorecem irregularmente empresas que, por meio de acordo entre si, fraudam o caráter competitivo dos certames.

As situações mais comuns em esquemas de cartéis em licitações são:

- Propostas fictícias ou de cobertura (veja item 4.1);
- Supressão de propostas: essa situação envolve acordos entre os concorrentes nos quais uma ou mais empresas estipulam abster-se de concorrer ou retiram uma proposta previamente apresentada para que o concorrente seja vencedor;
- Propostas rotativas ou rodízio: as empresas conspiradoras alternam a proposta vencedora entre os membros do grupo;
- Divisão de mercado: os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em algumas áreas geográficas; pode ocorrer também com a divisão de lotes de uma licitação entre os membros do cartel.

São vários os casos reais de cartéis já identificados em investigações em muitas regiões do Brasil. Em um município de São Paulo, por exemplo, o CADE apurou, em 2012, um suposto cartel cujo objeto seria falsear o caráter competitivo de licitações para contratação de radares de trânsito. As empresas definiam as vencedoras das licitações, dividindo o mercado entre si, de maneira que as demais não apresentariam propostas ou apenas ofertariam "propostas de cobertura", com vistas a conferir uma aparência de competição ao certame. O CADE concluiu, em 2015, que 6 empresas deveriam ser condenadas por prática de cartel, aplicando multa superior a R\$ 13 milhões.

No Rio Grande do Sul, em 2003, um dos membros de um cartel de empresas de vigilância denunciou o esquema, apresentando evidências das fraudes à licitação, incluindo testemunhos de empregados e gravações de conversas telefônicas entre os envolvidos. As evidências demonstraram que o grupo realizava reuniões semanais para organizar os resultados dos lances nos pregões. O CADE emitiu decisão, em 2007, e impôs multas de 15% a 20% de faturamento bruto a 16 empresas de vigilância e segurança. A quantia total de multas ultrapassou R\$ 40 milhões.

Em 2013, a Operação G-7 investigou 7 empreiteiras do Acre que atuavam em conjunto para fraudar licitações de obras. Segundo o Ministério Público Federal, as empresas simulavam concorrência entre si, garantindo que uma delas sempre vencesse a licitação. Concorrentes que não integrassem a organização eram eliminados na fase da habilitação técnica.

Essas situações de cartelização costumam ser detectadas por meio de análise de um conjunto de licitações para objetos similares, verificando o comportamento das empresas nos diversos certames, a sequência de vencedores, a possível alternância entre eles, a falta de disposição para concorrer, a apresentação de documentos ou propostas incoerentes pela mesma empresa em certames diferentes.

Vale lembrar que as fraudes licitatórias por meio de conluio entre licitantes e da atuação de cartéis se enquadram também na Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), que se destina a prevenir e a reprimir infrações contra a ordem econômica e a preservar princípios como a livre concorrência e a livre iniciativa. Nesses casos, verifica-se, portanto, também infração à ordem econômica e à legislação antitruste, cabendo a investigação e a punição não apenas aos órgãos de controle (CGU, TCU, AGU, etc.) e/ou de tutela criminal (MPF, MP e Polícias), mas também à autoridade antitruste (CADE).

CASO CONCRETO: CONTRATO DE CARTEL

Um caso inusitado de cartelização foi julgado pelo TCU no Acórdão 2.008/2005 (Plenário). Numa concorrência para obras, duas empreiteiras firmaram um “Termo Particular de Compromisso”, por meio do qual estabeleceram que, se A ganhasse o contrato, de R\$ 10 milhões, pagaria 5% a B. Esse ajuste se tornou conhecido porque A abriu processo judicial contra B para cobrar o valor pactuado. Na mesma data em que foi firmado o compromisso, B desistiu da licitação e A ficou sozinha no certame, obtendo o contrato. Para o TCU, ficou claro que as empresas agiram em conluio, incorrendo no crime do art. 95 da Lei nº 8.666/1993, qual seja: “Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: [...]”. E também no que rege o Parágrafo Único: “Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida”. As empresas foram declaradas inidôneas.

PARTE III

INDICADORES DE RISCO E TÉCNICAS DE DETECÇÃO DE FRAUDES⁵

Autora: Bianca Vaz Mondo

1 :: INTRODUÇÃO

Agora que já definimos a fraude e expusemos as diversas formas de fraudes licitatórias, nesta última parte apresentaremos algumas orientações de cunho prático sobre como avaliar situações pertinentes aos processos licitatórios para identificar possíveis indícios de fraude.

Pretendemos, assim, contribuir com a proposta de uma metodologia de trabalho para o monitoramento de licitações por agentes do controle social, destacando alguns “sinais de alerta” (red flags) ou indicadores de risco a que devem ficar atentos, bem como procedimentos de verificação para se constatar a presença de indícios relevantes de fraudes nas licitações monitoradas.

Tais indicadores são baseados na literatura de referência deste material, de acordo com situações e tipos de licitações considerados mais suscetíveis à ocorrência de fraude. O propósito desse tipo de metodologia é auxiliar na seleção e priorização de procedimentos licitatórios com um grau de risco mais alto para acompanhamento mais detalhado ou análise mais cuidadosa e aprofundada, permitindo assim a concentração dos esforços de verificação em situações potencialmente mais críticas ou relevantes.

2 :: INDICADORES DE RISCO DE FRAUDE EM LICITAÇÕES

Tendo em conta as tipologias de fraudes apresentadas na Parte II e as distintas fases do processo licitatório, propomos aqui alguns indicadores de risco de fraude em licitações que podem ser observados, de maneira geral, seguindo a ordem cronológica das etapas de uma licitação.

Os indicadores podem ser associados a dois momentos principais de uma licitação: a fase interna, incluindo os procedimentos adotados até a publicação do extrato de licitação, e a fase externa, compreendendo as análises de habilitação das empresas participantes e a classificação das propostas apresentadas.

Abaixo destacamos os indicadores mais relevantes correspondentes a cada uma dessas fases e os tipos de fraudes que podem evidenciar. Eles podem ser úteis tanto para casos em que o controle social possa ser feito concomitantemente à licitação, isto é, acompanhando cada fase do processo, como para análises feitas posteriormente à contratação. Ao final, são também apontados indicadores relevantes para a análise de um conjunto de licitações, quando se dispõe de informações suficientes para uma visão mais ampla das contratações do órgão monitorado.

⁵ Adaptado parcialmente de Santos e Souza, 2016 e Souza, 2017.

2.1 INDICADORES DE RISCO NA FASE INTERNA DA LICITAÇÃO

a) Contratações sem licitação ou tipicamente com baixa competitividade (dispensas, inexigibilidades e convites)

Conforme já mencionado, o potencial de fraude na licitação aumenta quanto maior é o poder que a Administração contratante detém para delimitar ou restringir o universo de participantes e decidir quem irá contratar. Esse poder é substancial nos casos de dispensa ou inexigibilidade, em que não ocorre disputa competitiva entre potenciais fornecedores, ou no caso da modalidade convite, em que o órgão contratante seleciona previamente os potenciais licitantes.

Por isso, a adoção desses procedimentos não competitivos ou tipicamente com baixa competitividade na fase interna do processo licitatório traz consigo um risco maior de ocorrência de fraude. Mesmo em situações em que a utilização desses procedimentos é legal, as suas características oferecem maior oportunidade de manipulação e direcionamento.

Ao se verificar a existência de contratações por dispensa ou inexigibilidade, é importante observar cuidadosamente se foram cumpridos os requisitos legais na documentação do processo (como justificativas, fundamentação para contratação emergencial etc.), bem como as características da empresa contratada.

Vale lembrar que o gestor que contrata indevidamente por meio desses instrumentos incorre em crime da Lei de Licitações (art. 89 da Lei nº 8.666/1993) e em ato de improbidade administrativa (Inciso VIII, art. 10, da Lei nº 8.429/92).

Também é importante verificar se foi realizada a pesquisa prévia de mercado, obrigatória também para os casos de dispensa e inexigibilidade. Para esse tipo de procedimento, é cabível analisar a adequação da pesquisa e dos valores contratados e verificar se não há indícios de fraude na pesquisa realizada (como empresas de ramos não pertinentes ou relacionadas entre si, preços inflados etc.).

A modalidade convite, por sua vez, é particularmente propícia a fraudes envolvendo empresas-fantasma ou de fachada, com vínculos entre si ou com a própria Administração, além de situações de simulação e montagem de licitações com o uso de documentos falsos.

No caso de contratações por carta-convite, deve-se verificar o atendimento da Súmula 248 do TCU, determinando a necessidade de, no mínimo, três propostas válidas:

“Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do art. 22, da Lei nº 8.666/1993.”

Também é importante observar se há utilização indevida da modalidade convite em casos em que há a obrigatoriedade de contratação pelo pregão, por exemplo – quando o objeto se trata de bens ou serviços comuns financiados por transferências voluntárias da União.

Vale uma observação com relação a uma outra modalidade de licitação, qual seja a tomada de preços. Por demandar prévio cadastramento das participantes até três dias antes do prazo para apresentação das propostas, essa modalidade, embora em tese seja mais competitiva do que o convite, pode permitir à Administração contratante algum grau de conhecimento prévio do universo de licitantes, o que também implica certo grau de risco, porém menor do que nas outras situações elencadas acima.

b) Prazo de publicidade exíguo e publicação restrita

Como destacado na discussão das fraudes do tipo publicidade precária, há situações em que o prazo de publicidade é intencionalmente reduzido para restringir o tempo hábil de potenciais licitantes prepararem documentos e propostas. Por isso, é necessário ficar atento ao uso desse tipo de artimanha para restringir a competitividade, bem como ao fiel cumprimento dos requisitos legais para a publicidade da licitação em questão, de acordo com a modalidade adotada e a esfera de contratação, observando se houve restrição à divulgação, acesso ao edital ou redução do prazo útil no certame.

c) Licitações exclusivas para ME ou EPP

Em licitações reservadas para participação de empresas enquadradas como ME ou EPP, pode ocorrer a participação indevida de licitantes de médio e grande porte por meio de empresas de fachada. Portanto, licitações desse tipo merecem atenção redobrada.

d) Valor estimado muito próximo ao limite da modalidade adotada

Esse tipo de situação pode ser indicativo de fracionamento de despesas, com compras realizadas com valor estimado pouco abaixo do limite para a modalidade adotada. A constatação de tal situação deve suscitar a verificação de outras aquisições para objeto semelhante, para se identificar se o valor total das aquisições demandaria a utilização de licitação (no caso de compras por dispensa de valor) ou modalidade mais competitiva. Neste caso, evidencia-se fuga à modalidade adequada.

e) Edital com indícios de direcionamento ou cláusulas restritivas

Para todo processo licitatório, recomenda-se uma análise cuidadosa do instrumento convocatório a fim de se verificarem possíveis inconformidades ou direcionamentos⁶. Caso essa análise indique a presença de cláusulas potencialmente restritivas, isso deve servir de alerta para uma avaliação mais detalhada. Se necessário, questionamentos ou até mesmo uma impugnação podem ser apresentados dentro do prazo legal perante a Administração contratante, instando-a a corrigir as falhas observadas.

Na verificação desse fator de risco, é importante avaliar a especificação do objeto para identificar descrição imprecisa, insuficiente, incompreensível, defeituosa ou restritiva que possa direcionar o certame, bem como identificar o autor do projeto.

De maneira complementar, é conveniente acompanhar de perto a fase de julgamento da licitação. Afinal, caso de fato haja condições visando reduzir a competição, e estas não sejam alteradas mesmo após eventuais questionamentos, a concretização do objetivo buscado ocorrerá com a participação de menos empresas ou com a inabilitação de participantes.

⁶ Para essa análise, disponibilizamos no material complementar um conjunto de checklists para a análise de editais de licitações conforme o tipo de objeto licitado (Compras, Serviços ou Obras). Para obras, uma análise mais aprofundada pode ser feita também com o *Checklist A: Análise técnica do edital de obras*.

Dependendo do caso, pode ser interessante, do ponto de vista estratégico, esperar a abertura do certame e observar a dinâmica das empresas participantes e do julgamento pela autoridade contratante antes de apresentar questionamentos a cláusulas potencialmente restritivas à competitividade. Isso porque a concretização do efeito restritivo (isto é, o afastamento ou a eliminação de participantes de fato) contribui para corroborar a argumentação de que houve violação ao princípio da competitividade. Num caso em que o edital apresente uma cláusula potencialmente restritiva de habilitação técnica, por exemplo, o fato de apenas uma empresa participar ou de outras licitantes serem efetivamente inabilitadas com base na cláusula em questão servirá de novo indício de que há vícios na licitação.

2.2 INDICADORES DE RISCO NA FASE EXTERNA DA LICITAÇÃO

a) Inabilitações em desacordo com o edital ou por excessiva formalidade

Como mencionado na Parte II, algumas fraudes podem ocorrer por ação deliberada dos agentes responsáveis pela licitação, que podem direcionar também decisões nas fases de habilitação e julgamento. Um exemplo seria a inabilitação de participante com base em critério não estabelecido no edital, de modo a intencionalmente afastá-la do certame.

Da mesma forma, a aplicação de excessivo rigor formal na fase de habilitação, levando à inabilitação de participantes por falhas sanáveis, pode indicar ação deliberada ou conluio para o afastamento de licitante cuja participação se deu somente para conferir aparência de competitividade.

Por isso, é fundamental na fase de julgamento ficar atento a possíveis incoerências, restrição de direitos, interpretações equivocadas, afastamento indevido de licitante ou aceitação irregular de outros, bem como o formalismo exagerado.

b) Escassez de licitantes e fraca disputa

Como já discutido na Parte I, o objetivo direto das fraudes licitatórias é frustrar a competição. Portanto, a presença de poucos licitantes, e sobretudo de um baixo número de propostas válidas – isto é, apresentadas por licitante habilitado e dentro dos critérios de aceitabilidade de preços –, deve servir de alerta para que sejam observados com mais cuidado outros aspectos potencialmente indicativos de fraude na documentação e na condução do certame. Casos em que houver apenas uma participante ou uma proposta válida devem suscitar análise documental complementar para verificação de indícios de fraude ou conluio, com base na tipologia apresentada na Parte II.

c) Desconto atípico (excessivamente baixo ou alto) em relação ao valor estimado para a licitação

Ressaltamos também na Parte I que a fraude licitatória está comumente associada à intenção de contratações superfaturadas, visando à apropriação indevida de recursos públicos. Uma das maneiras de atingir esse objetivo é na adjudicação do objeto da licitação por preços elevados, muito próximos, idênticos ou até mesmo acima dos valores de referência adotados no edital.

Esse tipo de situação geralmente é um forte indicativo de falta de competição, afinal, o licitante que espera participar de uma licitação de fato competitiva não tem incentivos para oferecer um preço muito próximo (ou ainda igual) ao valor estimado, que é geralmente o valor máximo aceito pela entidade contratante. Portanto, desconto muito baixo em relação à estimativa de referência pode ser um indício de que a licitante ganhadora do certame atuou para fraudar o certame e foi beneficiada por conluio com a Administração ou outras licitantes. Vale lembrar, porém, que o sobrepreço pode não ser facilmente observável quando os preços estimados pela Administração contratante forem inflados, devido a falhas na pesquisa de preços.

Embora possa parecer contraintuitivo, há casos também em que a adjudicação do objeto por proposta com desconto excessivamente alto para o mercado em questão pode ser indício de irregularidade. Esse tipo de situação pode estar associado ao sobrepreço elevado na estimativa do órgão contratante ou também a propostas de cobertura em pregões, em que participantes em conluio com a eventual ganhadora apresentam propostas baixas para afastar outras competidoras da fase de lances dessa modalidade. Em licitações de obras, também há situações em que empresas com condições de habilitação questionáveis (ou com atestados inidôneos) artificialmente “mergulham” no preço para garantir a obtenção do contrato em detrimento de outras competidoras.

d) Licitações vencidas por ME ou EPP

No monitoramento de licitações em que a vencedora é uma empresa enquadrada como ME ou EPP, é interessante fazer uma verificação da empresa para se certificar de que não se trata de empresa-fantasma ou de fachada. Empresas de médio e grande porte podem fazer uso de MEs ou EPPs para participar de licitações e se aproveitar do tratamento preferencial oferecido a essas empresas pelos termos da Lei Complementar nº 123/2006.

Há também indicadores de risco relevantes para a análise de várias contratações, isto é, quando se dispõe de dados suficientes para identificar padrões nas contratações de um determinado órgão por um certo período.

Nessa perspectiva, podem ser consideradas indicadores de risco as seguintes situações:

2.3 INDICADORES DE RISCO PARA UM CONJUNTO DE CONTRATAÇÕES

a) Concentração de contratos nas mãos de um ou poucos fornecedores

Um sinal de alerta para compras possivelmente direcionadas, favorecendo certas empresas, é a concentração das aquisições ou contratações para certos tipos de objeto com um único ou poucos fornecedores. Isso pode ser observado com base no número de contratos ou no valor total contratado do fornecedor em questão, comparado ao volume das contratações relevantes. Observando-se esse tipo de situação, é importante analisar os processos de contratação do fornecedor em questão, para verificar se há indícios de direcionamento ou favorecimento.

b) Coincidência de participantes em várias licitações

A existência de grupos de licitantes que participam das mesmas licitações recorrentemente

pode ser um indício de conluio (eventualmente com presença de empresas-fantasma) ou cartel. Vale então observar, ao longo de um período, padrões na participação das licitantes e aprofundar a análise das licitações relevantes quando se identificar algum padrão atípico.

c) Perdedores recorrentes

A presença de empresas que, participando sempre com um mesmo grupo de empresas, recorrentemente perdem licitações, pode ser um indicativo de que se trata de empresas-fantasma, apenas utilizadas para dar aparência de competitividade às disputas.

d) Fracionamento de despesas

Múltiplas contratações para objeto semelhante num mesmo exercício, ultrapassando no total o limite para a modalidade adotada, representam irregularidade por si só. Contudo, o fracionamento de despesas costuma ser uma artimanha para se evitarem modalidades mais competitivas de contratação, dando margem à frustração da competitividade também na condução de cada processo isoladamente. Desse modo, é interessante verificar a presença de outros indícios de fraude também nos procedimentos isolados.

A tabela abaixo apresenta um breve resumo dessas situações e dos respectivos indicadores:

TABELA 2. INDICADORES DE RISCO DE FRAUDE EM LICITAÇÕES

INDICADOR	TIPO DE FRAUDE ASSOCIADO
FASE INTERNA	
Contratações sem licitação ou tipicamente com baixa competitividade (dispensas, inexigibilidades e convites)	Contratação direta indevida; Projeto mágico; Julgamento negligente, conivente ou deficiente
Prazo de publicidade exíguo e publicação restrita	Publicidade precária
Licitações exclusivas para ME ou EPP	Julgamento negligente, conivente ou deficiente
Valor estimado muito próximo ao limite da modalidade adotada	Contratação direta indevida; Projeto mágico
Editais com indícios de direcionamento ou cláusulas restritivas	Projeto mágico; Edital restritivo
FASE EXTERNA	
Inabilitações em desacordo com edital ou por excessiva formalidade	Julgamento negligente, conivente ou deficiente
Escassez de licitantes e fraca disputa	Projeto mágico; Edital restritivo; Publicidade precária; Julgamento negligente, conivente ou deficiente

Desconto atípico (excessivamente baixo ou alto) em relação ao valor estimado para a licitação	Projeto mágico; Julgamento negligente, conivente ou deficiente; Cartelização
Licitações vencidas por ME ou EPP	Julgamento Negligente, Conivente ou Deficiente
CONJUNTO DE CONTRATAÇÕES	
Concentração de contratos nas mãos de um ou poucos fornecedores	Projeto mágico; Edital restritivo; Julgamento negligente, conivente ou deficiente
Coincidência de participantes em várias licitações	Julgamento negligente, conivente ou deficiente; Cartelização
Perdedores recorrentes	Julgamento negligente, conivente ou deficiente; Cartelização
Fracionamento de despesas	Contratação direta indevida; Projeto mágico

Fonte: Elaboração própria.

3 :: COMO APLICAR OS INDICADORES DE RISCO NO MONITORAMENTO DAS LICITAÇÕES

O controle social de licitações e contratações públicas pode ser realizado segundo diferentes estratégias. Os observatórios sociais, por exemplo, buscam monitorar licitações em tempo real, isto é, acompanhando o processo desde a publicação de um edital, passando pelas fases de habilitação e julgamento, até que seja firmado e executado o contrato, verificando ao final o cumprimento do objeto contratado.

Caso não seja possível ou viável realizar esse trabalho, que requer grande mobilização de recursos humanos para as diversas fases do processo de contratação, também se pode monitorar uma amostra reduzida de licitações em curso ou acompanhar a publicação de novos contratos e analisar as características de uma amostra de contratações de maneira retroativa. Alternativamente, com o uso de recursos tecnológicos para a coleta e a análise de um volume maior de dados, também se pode analisar as licitações e contratações de um ou mais órgãos públicos de maneira agregada.

Qualquer que seja a estratégia adotada, os indicadores de risco apresentados anteriormente podem servir para uma triagem, segundo a qual procedimentos associados à presença de um ou mais indicadores podem passar por etapas adicionais de análise, com a aplicação de algumas técnicas de detecção de fraudes.

Recomendam-se os seguintes procedimentos, complementando a avaliação dos indicadores de risco com análises mais aprofundadas, quando necessário:

TABELA 3. ROTEIRO PARA MONITORAMENTO DE LICITAÇÕES
COM BASE EM INDICADORES DE RISCO

PASSO	MONITORAMENTO DE PROCESSOS INDIVIDUAIS	MONITORAMENTO DE UM CONJUNTO DE LICITAÇÕES OU CONTRATAÇÕES
1		Verificar presença dos indicadores de risco correspondentes com base nos dados agregados disponíveis.
2		Nos casos em que um ou mais indicadores estiverem presentes, selecionar as licitações ou contratações relacionadas para análise individual.
3	Verificar presença dos indicadores de risco correspondentes à fase interna do processo, incluindo a análise do(s) checklist(s) aplicável(eis).	
4	Verificar presença dos indicadores correspondentes à fase externa do processo.	
5	Nos casos em que um ou mais indicadores estiverem presentes, proceder com a análise do processo licitatório completo (solicitar acesso via LAI ⁷ , se necessário) e aplicar o Checklist D4: Fraudes em licitações – Julgamento (ver material complementar).	
6	Aplicar procedimentos adicionais de verificação, se necessário (ver Tabela 4).	
7	Organizar e relatar indícios e evidências coletados para encaminhamento aos órgãos de controle competentes.	

Fonte: Elaboração própria.

Para executar cada uma dessas etapas, podem ser utilizadas técnicas de auditoria aplicáveis também à situação de agentes do controle social, de forma a colher, de maneira mais sistemática, indícios e evidências que deem suporte probatório a uma eventual denúncia.

Assim, apresentamos aqui alguns procedimentos úteis para a detecção de fraudes, ou pelo menos de um conjunto de indícios relevantes, que podem ser seguidos por agentes do controle social. Vale lembrar que não há um procedimento genérico que leve à evidenciação da fraude. As técnicas para detecção decorrem da procura de pistas e vestígios nos vários componentes do processo licitatório e fontes de informações disponíveis e, devido às peculiaridades de cada situação, algumas técnicas podem ser mais adequadas do que outras.

Dentre as técnicas comumente utilizadas por auditores, destacamos a seguir as mais relevantes.

⁷ Algumas orientações e sugestões para a formulação de pedidos pela Lei de Acesso à Informação (LAI) são apresentadas no material do Módulo I: Monitoramento de editais e licitações de obras públicas.

3.1 EXAME DOCUMENTAL

A técnica consiste na análise de processos, atos formalizados e documentos avulsos acerca do objeto auditado em busca de dados ou informações que possam servir de evidências de fraudes em licitações. São exemplos de documentos que podem ser analisados: processos licitatórios, processos de pagamento, prestações de contas, documentos avulsos (notas fiscais, cheques), relatórios etc.

O exame documental é a principal técnica utilizada para a detecção dos tipos de fraudes descritos na Parte II. Podem ser observados os seguintes aspectos:

a) Análise comparativa dos documentos apresentados

Podem ser encontrados indícios de conluio nos diversos documentos apresentados pelas empresas. Mesmo que as empresas procurem manter segredo, o descuido, a prepotência ou a culpa por parte dos conspiradores podem fornecer pistas que levem à sua descoberta. Devem ser comparados cuidadosamente todos os documentos no intuito de encontrar elementos que sugiram que as propostas foram preparadas pela mesma pessoa ou em conjunto, tais como:

- Erros semelhantes (ortografia, gramática ou cálculo);
- Similaridades no padrão de apresentação (caligrafia ou tipo de letra, formulários ou papel timbrado);
- Referência à proposta de concorrente (cabeçalho, endereço, número de telefone, e-mail iguais);
- Estimativas semelhantes de custo, ou mesma proporção nos preços propostos;
- Carimbos postais ou marcas de registo postal semelhantes, sem que haja explicação lógica para tal;
- Ajustes de última hora (uso de corretor, rasuras, adulterações grosseiras);
- Conteúdo ou formatação diferentes do modelo disponibilizado pela entidade contratante mas iguais entre concorrentes (coincidências de marcas, prazos, modelos, condições de fornecimento não fixados no edital);
- Sequência numérica ou de horário nos documentos de concorrentes.

b) Identificação de padrões na fase da apresentação das propostas

Alguns padrões e práticas de apresentação de propostas parecem estar em desacordo com as regras de um mercado competitivo e sugerem a possibilidade de concertação. Devem ser verificados padrões estranhos na forma como as empresas concorrem e a frequência com que ganham ou perdem nas contratações públicas. A subcontratação e os acordos ocultos de cooperação entre empresas podem igualmente levantar suspeitas. Alguns indícios que podem ser destacados:

- A proposta mais baixa é frequentemente do mesmo fornecedor;
- Distribuição geográfica de vencedores: fornecedores ganham apenas em certos locais;
- Fornecedor habitual não concorre naquela licitação, mas concorre em outros processos;
- Fornecedores retiram-se inesperadamente da licitação, sem justificativa plausível;
- Certas empresas sempre apresentam propostas, mas nunca vencem;
- Empresas ganham as disputas de forma alternada entre si;
- Atuação em consórcio quando integrante tem capacidade para participar sozinho;
- Concorrente vencedor subcontrata o(s) perdedor(es);
- Concorrente desiste do certame e depois é subcontratado pelo vencedor;
- Concorrentes se reúnem antes da apresentação de propostas.

c) Padrões no estabelecimento de preços

Os preços das propostas podem ajudar a descobrir fraudes em licitação. Devem-se procurar indícios de que os concorrentes estejam coordenando esforços, como aumentos de preços que não podem ser explicados por aumentos dos custos. Quando as propostas vencidas têm preços muito mais elevados do que a vencedora, os conspiradores podem estar utilizando um esquema de propostas fictícias ou de cobertura.

Uma prática comum nos esquemas de proposta de cobertura é a adição de um percentual fixo sobre os valores da proposta mais baixa. Preços mais elevados do que as estimativas de custos ou do que propostas anteriores para contratações semelhantes podem igualmente indicar práticas colusivas. Os seguintes comportamentos podem dar margem a suspeitas:

- Preços ou faixas de preços aumentam de forma súbita e idêntica, sem aumento dos custos;
- Preços aumentam depois de terem se mantido inalterados durante longo período de tempo;
- Licitantes que antes praticavam preços diferentes passam a ofertar preços semelhantes;
- Há uma grande diferença entre o preço da proposta adjudicada e as restantes;
- Preços de uma proposta no certame são muito superiores aos preços apresentados em outras licitações semelhantes;
- Reduções significativas de preço com a entrada de novo(s) concorrente(s) ou mudança para certames eletrônicos;
- Fornecedores locais cobram mais barato para entrega em destinos afastados;
- Custos de frete não são coerentes com a lógica de mercado; e
- Preços não acompanham volumes de venda (quantidade de produto/serviço).

Para a identificação das situações descritas nos itens b) e c), é necessário observar um conjunto de licitações para objetos semelhantes, cobrindo um certo intervalo temporal. Para isso, uma estratégia que pode ser adotada, mesmo nos casos em que o monitoramento das contratações só possa ser feito por amostragem, é acompanhar licitações de objetos semelhantes, contribuindo para o acúmulo de conhecimento da dinâmica de determinados mercados e fornecedores.

3.2 INSPEÇÃO FÍSICA

Inspeção física é o exame usado para testar a efetividade dos controles, particularmente daqueles relativos à segurança de quantidades físicas ou qualidade de bens tangíveis. Consiste na constatação in loco da existência física de um objeto, bem como de suas características.

No caso da detecção de fraudes em contratações públicas, essa técnica pode ser aplicada para a verificação da existência real de empresas que participaram do processo licitatório e receberam recursos públicos, por exemplo, a fim de se constatar se de fato existem no endereço registrado. Nesse sentido, agentes do controle social podem fazer verificações em endereços de empresas registradas em sua localidade, por exemplo.

Outra situação relevante para a inspeção física diz respeito às condições da execução contratual, como na entrega de bens adquiridos ou na prestação de serviços contratados, por exemplo a construção de obras.

A inspeção física se presta não apenas a confirmar se algo existe ou se está onde deveria estar; ela também pode verificar atributos de objetos, como o estado de conservação de um bem, o prazo de validade de produtos e os tipos de materiais utilizados em uma obra. A comprovação é essencialmente visual, sendo recomendável sua documentação por meio de fotografias e relatório descritivo.

Em certos casos, é importante notificar um representante do ente público para que ele possa acompanhar a inspeção física, de forma a evitar futuras alegações de equívocos na avaliação. É também recomendável produzir fotos ou vídeo da inspeção.

3.3 ENTREVISTAS

Muitas informações relevantes podem ser obtidas em entrevistas ou conversas informais com participantes de licitações, fiscais de contratos ou funcionários de empresas. Embora não constituam evidência sólida por si só, esse tipo de fonte de informação pode suscitar indícios a serem verificados por meio de procedimentos complementares.

No projeto Obra Transparente, por exemplo, voluntários dos observatórios participantes têm aplicado essa técnica com resultados importantes. Em alguns casos relatados, o contato direto com licitantes da região traz informações úteis sobre a dinâmica do mercado local e um histórico de aparente favorecimento a certas empresas em licitações. Com base nesse tipo de dado, uma verificação mais aprofundada dos procedimentos licitatórios correspondentes pode contribuir para validar ou não as informações obtidas.

No monitoramento de obras públicas, também temos casos em que conversas informais com moradores e com fiscais de obras revelaram dados importantes sobre a situação da obra e da atuação da empresa contratada para a execução dos serviços.

3.4 CRUZAMENTO COM DADOS DE FONTES PÚBLICAS

Como complemento da análise documental, é importante realizar pesquisas sobre as empresas verificadas e seus sócios/representantes/responsáveis técnicos em bases de dados públicas ou outras fontes facilmente acessíveis.

As seguintes situações podem ser identificadas nesse procedimento:

- Prováveis “laranjas” que sejam beneficiários de programas sociais (através de buscas no Portal da Transparência do Governo Federal);
- Penalidades ou condenações de sócios ou empresas (em buscas em cadastros de empresas inidôneas, tribunais de contas ou nas bases da Justiça Estadual e Federal);
- Sócios com participação em outras empresas e seus respectivos dados;
- Possível incompatibilidade no faturamento de empresas registradas como ME ou EPP (como contratos significativos com outros entes governamentais);
- Relacionamento entre licitantes (ao se observarem coincidências de endereços, telefones, e-mails, sócios, responsáveis técnicos, vínculos pessoais em redes sociais etc.);
- Vínculo com servidor da entidade contratante;
- Inidoneidade das garantias apresentadas (em consulta ao Susep ou ao site da Secretaria do Tesouro Nacional sobre fraudes com títulos da dívida pública).

Além disso, é útil consultar bases públicas para confirmação das informações prestadas, como:

- Conferir existência formal do CNPJ e compatibilidade do ramo de atividade;
- Confirmar registro nos conselhos profissionais (ex. CREA);
- Autenticação de documentos e registros de cartórios.

3.5 LISTAS DE VERIFICAÇÃO (CHECKLIST)

Para complementar o que foi apresentado até aqui, reproduzimos quatro listas de verificação adaptadas do material desenvolvido por Santos e Souza (2016). Elas servem de apoio e sistematização na análise de processos licitatórios sob a perspectiva da detecção de fraudes. As listas estão disponíveis no material complementar do curso.

Para a fase interna e a publicidade da licitação, foram elaboradas três listas, de acordo com o objeto: compras, serviços ou obras. Para a fase externa, há uma lista geral sobre o julgamento.

Cada procedimento sugerido está descrito em detalhes na seção de tipologia, com a sua respectiva fundamentação legal e jurisprudencial. As técnicas de detecção a serem aplicadas em cada procedimento estão descritas abaixo, na Tabela 4.

É importante ressaltar que as listas de verificação não esgotam as possibilidades de fraudes. Elas apontam os casos mais comuns, com maior probabilidade de ocorrência, para orientar o exame dos documentos. Entretanto, outras situações irregulares podem ser identificadas adotando-se abordagem similar àquela tratada nos procedimentos do checklist.

TABELA 4. RESUMO DOS PROCEDIMENTOS DE ANÁLISE

ITEM	PROCEDIMENTO
1	Avaliar se há erros/tipos/formatos semelhantes nos documentos de empresas diferentes.
2	Verificar formulários ou papéis timbrados similares ou com mesmo padrão de apresentação.
3	Analisar cabeçalhos, endereçamento, número de fax ou e-mail iguais entre concorrentes.
4	Checar erros de cálculo semelhantes ou mesma proporção linear nos preços.
5	Avaliar envelopes com carimbos postais ou marcas de registo postal semelhantes.
6	Verificar coincidência de marcas, modelos, prazos, condições de fornecimento, especialmente quando não há modelo ou exigência específica no edital.
7	Conferir existência formal do CNPJ (acessar www.receita.fazenda.gov.br/ > serviços para a empresa > cadastros > comprovante de inscrição e de situação cadastral no CNPJ > (acesso direto ou com senha específica; www.sintegra.gov.br > escolher estado).
8	Avaliar relacionamentos entre licitantes, verificando: endereços, telefones, e-mails, quadro societário (disponível na consulta ao CNPJ na Receita Federal ou em outros portais da internet), responsáveis técnicos, representantes e procuradores em comum; responsáveis técnicos podem ser consultados no site da entidade de classe como CREA ou CAU; vínculos em redes sociais como o Facebook.
9	No caso de obras e serviços de engenharia, avaliar registro no Conselho (consulta pública no site do CREA ou circularização a outros Conselhos Profissionais).
10	Conferir autenticidade dos registros de cartório. O documento deve indicar o endereço na internet para verificação da autenticidade dos selos, carimbos, procurações.
11	Avaliar participação, ainda que indireta, de servidor do órgão/entidade contratante. Essa rotina pode ser executada cruzando dados do quadro societário e técnico da empresa licitante com o quadro de servidores, especialmente dirigentes do órgão ou da entidade contratante.
12	Analisar participação de ME ou EPP com faturamento do ano anterior superior ao limite e que tenha usado benefícios ilegalmente. O novo Portal da Transparência do Governo Federal (http://www.portaldatransparencia.gov.br/) tem uma ferramenta de busca que apresenta todas as ocorrências de um nome nas diversas bases (contratos, servidores, beneficiários etc.). Uma busca no Google pode revelar contratos da empresa com órgãos de outras esferas de governo. Exemplo de pesquisa: <"nome ou CNPJ da empresa" "ano" site: gov.br>.
13	Verificar participação de Grande ou Média Empresa em licitação reservada a ME/EPP. Essa participação pode ser direta ou indireta, nos casos em que a ME/EPP licitante atua apenas de fachada, sendo a grande ou a média empresa a verdadeira fornecedora. Procedimentos que podem ajudar: checagem do endereço e telefone da ME/EPP e conferência de quem realiza a entrega do produto ou executa o serviço.

- 14 Checar a Idoneidade da licitante para contratar com a Administração Pública. Consultar cadastros impeditivos no CEIS (www.portaltransparencia.gov.br >Sanções) e controle de empresas penalizadas da própria entidade contratante, assim como registros no Google.
- 15 Verificar irregularidade nas certidões de habilitação das licitantes, verificando a data de emissão para conferir a validade, coerência com o processamento do certame, sequência temporal entre concorrentes, semelhanças que possam sugerir emissão pela mesma pessoa. Checar autenticidade nos sites emissores, conforme endereço indicado em cada documento.
- 16 Checar idoneidade das garantias. No caso de seguro-garantia, conferir na Susep (www.susep.gov.br > serviços ao cidadão > consulta de apólice de seguro garantia). No caso de Títulos da Dívida Pública, consultar STN sobre fraudes potenciais, sobretudo com Títulos da Dívida Agrária (TDA) e títulos públicos antigos (www.stn.fazenda.gov.br).
- 17 Avaliar divergências entre assinaturas nos documentos referentes à mesma pessoa.
- 18 Verificar compatibilidade das condições financeiras dos sócios, com pesquisas na internet, Facebook, cadastros de benefícios sociais como o Bolsa Família, verificar condições de moradia no Google Maps.
- 19 Se convite, analisar se há pelo menos três propostas válidas.
- 20 Avaliar se licitante é do ramo de atividade compatível com o objeto, conforme Contrato Social e cadastro CNPJ na Receita Federal e SINTEGRA. Vide item 7.
- 21 Checar o descumprimento de regras do edital na fase de julgamento.
- 22 Verificar o representante da licitante, sobretudo se houver procuração com plenos poderes, a fim de identificar possível coincidência de representantes ou sócio-laranja.
- 23 Avaliar mudanças expressivas no capital social da licitante, sobretudo em dinheiro e em data próxima ao certame, o que pode indicar fraude contábil para atender aos critérios de qualificação econômico-financeira do edital.
- 24 Avaliar demonstrações contábeis, especialmente o Balanço Patrimonial, Demonstração do Resultado do Exercício e lançamentos no Livro Diário (se disponível), para verificar compatibilidade com o porte da empresa, ramo de atividade e atestados.
- 25 Pesquisar outras licitações em que a empresa participou e comparar documentos, especialmente atestados e propostas, para identificar indícios de incoerência e falsidade.
- 26 Consultar na internet os nomes da empresa, dos sócios e dos representantes, procurando identificar algum possível envolvimento em operações policiais, penalidades, relacionamento com outras empresas e servidores públicos.
- 27 Consultar nos sites da Justiça Estadual e Federal os nomes da empresa, dos sócios e dos representantes, procurando identificar algum possível envolvimento em processos judiciais relacionados a irregularidades em licitações.
- 28 Avaliar mudanças no objeto social da empresa, procurando identificar incoerências com os atestados apresentados.

4 :: COMO REPORTAR OS CASOS DETECTADOS

O que fazer ao identificar uma situação de possível fraude? Embora esteja fora do escopo de atuação dos agentes de controle social investigar a fundo esse tipo de situação, eles podem ter um papel essencial no encaminhamento de casos desse tipo aos órgãos competentes para a apuração dos fatos.

Contudo, para acionar os órgãos de controle é fundamental possuir elementos concretos suficientes que possam servir de ponto de partida para uma eventual investigação. Para isso, é importante reunir e organizar indícios e evidências que apontem para a provável irregularidade, de modo a substantiar uma denúncia. Na falta desses elementos, é menor a probabilidade de que as instâncias de controle competentes deem seguimento ao caso. Desse modo, é fundamental que os procedimentos de verificação realizados conforme as orientações das seções anteriores, bem como os seus resultados, sejam cuidadosamente documentados.

Tanto o indício quanto a evidência dão conta da discrepância entre uma situação encontrada e um critério (lei, jurisprudência, padrões, boas práticas etc.). Entretanto, o indício é uma situação que ainda não foi devidamente investigada ou suficientemente documentada.

Em geral, um indício isolado não tem força suficiente para caracterizar uma possível fraude. No entanto, um conjunto robusto de indícios (convergentes e concordantes entre si), que permita a formação de juízo de uma operação analisada, tem sido admitido nas esferas administrativa e judiciária como prova indireta. Já existe nesse sentido ampla jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como do TCU.

Nos chamados crimes de licitação, na modalidade de fraude ou de frustração ao caráter competitivo, salvo confissão direta e explícita dos envolvidos, a prova indiciária é sumamente relevante, sendo suficiente para fundamentar uma responsabilização dos agentes envolvidos.

Portanto, a existência de fraudes em licitações pode ser demonstrada tanto por provas diretas, como documentos que comprovem a sua existência material, quanto por provas indiretas, que resultam da interpretação ativa – inferências lógicas, análises econômicas e deduções – acerca de situações que, analisadas em conjunto, sejam capazes de comprovar o ato fraudulento, posto não haver outra explicação plausível para o caso.

As provas indiretas podem estar associadas a indícios econômicos, tais como a escassez de licitantes no certame, disputa limitada ou pequeno desconto em relação ao valor de referência. Estes elementos já foram apresentados anteriormente como indicadores de risco para a ocorrência de fraudes, justamente por constituírem indícios de irregularidades, ainda passíveis de comprovação por meio de outros meios e análises. Também são provas indiretas relevantes os indícios de comunicação entre licitantes, os quais indicam a atuação combinada dos concorrentes e podem servir como a principal comprovação para a existência de conluio em uma licitação. São indícios como: mesma formatação, mesmos erros de ortografia, mesmos preços, mesmas datas, mesmos endereços, sócios em comum, entre outros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SANTOS, Franklin Brasil. Preço de referência em compras públicas (ênfase em medicamentos). Cuiabá: Publicontas, 2016.

SANTOS, Franklin Brasil e SOUZA, Kleberson Roberto de. Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUZA, Kleberson Roberto de. Detecção de fraudes em licitações. Cuiabá: Publicontas, 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Licitações e contratos: Orientações e jurisprudência do TCU. 4ª ed. Brasília, 2010.

Tribunal de Contas da União. Roteiro de auditoria de obras públicas. Brasília, 2012.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas, 2009. Disponível em: < <http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/diretrizes-ocde.pdf>>.

TransparênciaBrasil

