

**FAJ - FACULDADE DE JUSSARA
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

KASSIO HENRIQUE COELHO SILVA

**LICITAÇÃO PÚBLICA:
FRAUDES E SEU REFLEXO NA SOCIEDADE**

JUSSARA-GO

2012/2

KASSIO HENRIQUE COELHO SILVA

**LICITAÇÃO PÚBLICA:
FRAUDES E SEU REFLEXO NA SOCIEDADE**

Monografia submetida a Faculdade de Jussara – FAJ, como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito, sobre a orientação do Professor Gisley Alves de Faria.

JUSSARA-GO

2012/2

PÁGINA DE APROVAÇÃO

A presente monografia de conclusão do curso de Direito da Faculdade de Jussara – FAJ, elaborada pelo graduando **Kassio Henrique Coelho Silva**, sob o título de **Licitação Pública: Fraudes e seus reflexos na Sociedade**, foi submetida em _____ de Dezembro de 2012 à Banca Examinadora composta pelos seguintes Professores: **Gisley Alves de Farias** (Orientador e Presidente da Banca) e **Célia Alves de Leles** e **Carmino Ferreira dos Santos** aprovada com a nota _____.

Jussara, _____ de dezembro de 2012.

Prof. Gisley Alves de Faria
Orientador e Presidente da Banca

Prof^ª. Célia Alves de Leles

Carmino Ferreira dos Santos

Meu Agradecimentos:

A Deus, pela saúde e proteção nessa grande caminhada.

Ao meu pai Sinvaldo e minha mãe Marcia e minha irmã Jordana, pelo incentivo e amor à mim dedicados.

Ao meu orientador Prof. Gisley, pela atenção e compreensão para realização deste trabalho.

Resumo: A presente monografia trata da licitação Pública com suas fraudes e seus reflexos na sociedade. Primeiramente elaborou-se um breve estudo sobre a licitação, que em um conceito modesto vem a ser o procedimento que visa a contratação da proposta mais vantajosa para a administração pública, seguindo foi exposto sobre suas modalidades, evolução histórica, princípios, quem tem o dever de licitar, causas de dispensa e inexigibilidade, procedimento licitatório, sendo que a licitação é regulamentada pela Lei 8.666/93. Na segunda parte do trabalho foi feito estudo acerca das fraudes que podem ocorrer no processo licitatório, abordando sua natureza jurídica, tipificação, previsão legal, descrevendo as principais fraudes, reflexos que acontecem na sociedade e a partir deles buscando e apontando políticas de prevenção para o que devemos fazer para diminuir estes atos de fraudes que está rotineiramente inserido na administração pública, e em evidência mediante tanto enriquecimento ilícito, desvio de verbas públicas e por consequência o maior prejudicado vem a ser a sociedade.

Palavras-chave: Licitação; Administração Pública; Processo Licitatório; Fraudes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPITULO I.....	11
LICITAÇÃO PÚBLICA.....	11
1.1 Definição.....	11
1.2 Modalidades de Licitação.....	12
1.2.1 Concorrência.....	12
1.2.2 Tomada de Preços.....	13
1.2.3 Convite.....	14
1.2.4 Concurso.....	14
1.2.5 Leilão.....	15
1.2.6 Pregão.....	15
1.3 Evolução histórica da licitação	16
1.4 O Dever de Licitar	18
1.5 Princípios Licitatórios	19
1.5.1 Princípio da Legalidade	20
1.5.2 Princípio da Impessoalidade	21
1.5.3 - Princípio da Igualdade	22
1.5.4 Princípio da Moralidade	23
1.5.5 Princípio da Probidade Administrativa	24
1.5.6 Princípio da Publicidade	24
1.5.7 Princípio da Razoabilidade	25
1.5.8 Princípio da Proporcionalidade	25
1.5.9 Princípio da Economicidade	26
1.5.10 Supremacia do interesse público sobre o interesse privado	26
1.5.11 Princípio da indisponibilidade do interesse público	27
1.5.12 Vinculação do Instrumento Convocatório	27
1.5.13 Princípio do Julgamento Objetivo	28
1.6 Dispensa e inexigibilidade de licitação	28
1.6.1 Dispensa	29
1.6.4 Inexigibilidade	32
1.7 Procedimento da Licitação	34

1.7.1 Fase interna.....	34
1.7.2 Fase externa.....	34
CAPITULO I I.....	35
FRAUDE EM LICITAÇÕES E REFLEXOS NA SOCIEDADE.....	35
2.1 Natureza jurídica.....	35
2.2 Previsão legal.....	37
2.3 Tipificação.....	40
2.4 Situações de fraudes em licitações.....	41
2.5 Reflexos dos crimes de fraudes a licitação na sociedade.....	42
2.6 Políticas de prevenção de crimes de fraudes a licitações.....	46
Considerações Finais.....	48
Fontes Bibliográficas.....	50

INTRODUÇÃO

Propõem-se com este trabalho demonstrar, de maneira clara e sucinta, a importância da licitação, possibilitando o conhecimento sobre esta matéria, tão importante para o desenvolver das atividades internas e externas da administração pública.

Ao contrário dos particulares, que dispõe de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços e outros interesses, o poder público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e pré estabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação, e é a própria Constituição Federal, que no seu art. 37, XXI, que a exige aos entes do poder público.

Para melhor entendimento, o ilustre doutrinador Diogenes Gaspararini conceitua licitação como:

Procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse.(GASPARINI, 2010 , p.547)

Licitação esta, que para nós contribuintes dos impostos públicos, vem tentar administrar da melhor maneira possível os gastos do dinheiro público, no sentido de dar condições a interessados que possam trabalhar e também prestar serviços para estes órgãos oferecer uma proposta vantajosa e que atenda todas as necessidades do objeto requisitado, e assim controlando a contratação com terceiros e ao mesmo tempo possibilitando igual concorrência entre os mesmos.

Para tanto, a licitação é regulamentada pela Lei 8.666/93 e para complementação da mesma em seu texto legal no artigo 3º nos traz expressamente princípios básicos que o processo licitatório deve obedecer, são eles, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, fiscalização da licitação pelos interessados ou qualquer cidadão. Esses não são os únicos princípios, ainda existem o princípio da competitividade, princípio da padronização e entre outros, estes são todos os diplomados legalmente e dever ser compreendidos ao procedimento licitatório.

O objeto da licitação poderá ser uma obra, serviço, compra, alienação, concessão, permissão e a locação, que, será contratada com o particular que apresentar a melhor proposta do objeto, assim atendendo todos os requisitos exigidos pela administração.

A licitação compreende as seguintes modalidades, são elas, a concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão, este último, foi criado pela Lei 10.520/02.

Também há casos que a licitação é facultativa para os órgãos públicos, são os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, são previsto pelo artigo 24 e 25 da Lei 8.666/93, assim, a instauração do procedimento seletivo se revela inapto à consecução do processo licitatório.

Quando o objeto da licitação não se enquadra nos casos dos artigos acima citados, a licitação é obrigatória, e para a sua realização é composta por duas fases, são a interna e externa, a primeira tem início na repartição interessada em que a órgão público competente determina sua realização, define acerca de seu objeto e indica os recursos hábeis para a despesa, e a segunda se desenvolve através de vários atos seqüenciais, que são o edital, a carta convite de convocação dos interessados, recebimento da documentação e propostas, habilitação dos licitantes, julgamento das propostas, adjucação e homologação.

A licitação pública por ser regida por lei específica e princípios norteadores do direito, presume-se que não estará sujeita a erros e nem fraudes que possa macular o procedimento de sua realização, mais nem isso ocorre, haja visto que a corrupção está entranhada na administração pública e por consequência presente nos procedimentos licitatórios.

Com isso processo licitatório na administração pública se encontra em evidência hoje em dia, isso se dá pelas inúmeras fraudes que acontece em vários processos licitatórios, sendo este mais um objeto utilizado para a prática de corrupção pelos titulares da administração pública para desvio de verbas públicas, beneficiamento de empresas concessionárias, enriquecimento ilícito e outras inúmeras formas de fraudes.

A fraude em licitações a cada dia que se passa acarreta maior perplexidade junto à sociedade, sendo alvo de um sentimento de impunidade, ante a divulgação de grandes esquemas de corrupção no âmbito da administração pública e a reduzida punição dos responsáveis.

Neste sentido, os artigos 89 ao 99 da Lei 8.666/93 vem pautar limites objetivos às ações dos licitantes e demais envolvidos na execução dos procedimento licitatórios na administração pública, traçando balizas, definindo condutas, e apontando as consequências

penais, e demais responsabilidades de ordem civil e administrativa que estas ações podem acarretar.

Mesmo com todas essas previsões, a fraude aos processos licitatórios vem aumentando freqüentemente, muitos doutrinadores abordam que, as fraudes em muitos casos se da pela complexidade e morosidade que a lei imprime no procedimento licitatório, ora, e se não houvesse nenhum tipo de regulamentação, seria no entanto, este procedimento um alvo mais fácil ainda de se cometer fraudes.

O tipo penal contém inúmeras espécies de fraudes à licitação ou à execução do contrato. Fraudar implica na prática de atos comissivos, que buscam dissimular a lisura do procedimento licitatório ou a execução do contrato firmado que, como já mencionamos, causa prejuízo financeiro ao erário público, e também, diversos impactos negativos à sociedade, que por conseqüência, cada dia acaba sendo mais lesada nas áreas de saúde, educação, assistência social, transporte e dentre outras.

A quantidade de falcatruas chegou a um nível tão grande, que a imprensa praticamente foca sua atenção de forma prioritária nas denúncias, tanto oriunda de fontes próprias, quanto naquelas resultantes de investigações policiais e administrativas, com a situação alarmante que se encontra até parece que não haverá solução, mas algumas providências ainda podem ser tomadas.

Essas providências podem ser internas e externas e também oriundas dos próprios entes privados os que, num entendimento inicial, seriam agentes ativos dos delitos de fraude a licitação. Podem ainda elas ser jurídicas e legais como algumas já existentes, a exemplo das criações de novas modalidades de competição, e também podem ser derivadas de monitoramento e denúncias por parte da própria sociedade. Sendo que a sociedade pode ser o principal objeto para uma radical mudança acerca destas inúmeras fraudes, para extrema diminuição.

O trabalho foi dividido em dois capítulos. O primeiro trata da licitação, trazendo todas as noções elementares ao seu entendimento.

O segundo capítulo, estuda-se as fraudes no processo licitatório e os reflexos na sociedade, abordando a tipificação, previsão legal, reflexos na sociedade e buscando meios que possam inibir essas fraudes.

Nas considerações finais, apresenta-se breves sínteses de cada capítulo, com um fechamento sobre o tema.

CAPITULO I

LICITAÇÃO PÚBLICA

1 Disposições Gerais

1.1 - Definição

O termo licitação designa o procedimento administrativo mediante o que a administração pública quando interessada em firmar contrato com terceiros, seleciona a proposta mais vantajosa, por meio de competição entre os interessados.

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque é fácil prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a fraudes entre alguns administradores públicos, com o que sempre sairia prejudicada a administração pública, gestora dos interesses coletivos.

O jurista Hely Lopes de Meireles expõe que:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de reincidência e moralidade nos negócios administrativos. (MEIRELES, 2009, p.272).

E já a Doutrinadora Odete Medauar, define licitação como:

Licitação é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a administração. Visa portanto, a selecionar quem vai contratar com a administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado. (MEDAUAR, 2010, pg 187)

Portanto entende-se que a licitação nada mais é que um procedimento administrativo formal que tem como escopo proporcionar à administração pública uma aquisição, uma venda, ou uma prestação de serviços de forma mais vantajosa, respeitando-se os princípios constitucionais da legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade e publicidade e outros que são correlatos.

A licitação veio contornar os riscos, sendo que é um procedimento anterior ao próprio contrato, permite que várias pessoas ofereçam suas propostas, em consequência, permite que seja escolhida a mais vantajosa. (CARVALHO FILHO, 2010, p.255)

Assim, a licitação pública em síntese é um certame que as entidades públicas devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com ela possuir um vínculo jurídico, para escolher a proposta mais vantajosa a administração pública. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propões assumir.

1.2 - Modalidades de Licitação

São elas a concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão, todas previstas na Lei 8666/93, exceto a última que foi incluída como modalidade de licitação através da Lei 10.520/02.

É importante cientificar-se do que seja a licitação em cada uma de suas especificações, para melhor entendimento e aplicação, assim nestas próximas páginas são analisados os tipos de licitação.

1.2.1 - Concorrência

Esta é a mais solene e ampla das modalidades de licitação, utilizada na contratação de fornecimentos, serviços e obras de grande expressão. Nesta modalidade admite-se a participação de qualquer licitante, observada a habilitação preliminar, que é a segunda fase do procedimento administrativo licitatório onde será comprovada a habilitação jurídica, a capacidade técnica, a idoneidade financeira e a regularidade fiscal da licitante.

A concorrência deve ser utilizada na alienação de bens imóveis, nas concessões de direito real de uso, nas permissões e concessões de serviços públicos e nas licitações

internacionais, qualquer que seja o valor do objeto; sendo que nas duas primeiras hipóteses exige-se que o procedimento seja praticado com autorização legislativa específica.

Dispõe a Lei 8666/93 sobre esta modalidade:

Art. 22 - São modalidades de licitação:

I-concorrência;(…)

§ 1º - Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objetivo.

Inferre-se então, que a concorrência é usada para contratos de grande expressão, de acordo com os valores estabelecidos na lei.

1.2.2 - Tomada de Preços

É mais um tipo de modalidade adotada em função do valor, neste só participam os fornecedores, prestadores de serviços ou executores de obras inscritos no cadastro da administração pública, ocorrendo que a Lei 8.666/93 autoriza a participação dos interessados não cadastrados que demonstrem atender às condições de cadastramento, em seu artigo 22, § 2º , expõe que: “ Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior a data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”.

Esta modalidade é indicada para contratos médios admitindo a participação de interessados previamente cadastrados, ou conforme acima especifica a lei apresente documentação até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas.

Este cadastro corresponde ao assentamento que defere a qualificação de interessados em contratar segundo sua área de atuação, substituindo a apresentação de parte da documentação.

Portanto podem participar também aqueles que não estiverem cadastrados desde que atendam os mesmos requisitos dos previamente cadastrados e sigam o prazo acima estabelecido.

1.2.3 - Convite

O convite é a modalidade de licitação entre, no mínimo, três interessados do ramo pertinente a seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa. Podem também participar aqueles que, mesmo não sendo convidados, estiverem cadastrados na correspondente especialidade e manifestarem seu interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas.

É, dentre todas as modalidades, a mais simples, sendo adequada a pequenas contratações, cujo objeto não contenha maiores complexidades, ou seja de pequeno valor. É a única modalidade de licitação que não exige publicação de edital, já que a convocação é feita por escrito, obedecendo a uma antecedência legal de cinco dias úteis, por meio da carta-convite.

Isso se dá pelo fato de ser um rito mais intimista, onde a administração pública convida no mínimo três pessoas sejam elas físicas ou jurídicas, onde essas pessoas se conhecem e mantêm bom relacionamento com a administração.

Expressa sobre esta modalidade a Lei 8666/93 em seu art. 22, parágrafo 3º:

§ 3º - Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará em local apropriado cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas de apresentação das propostas.

Em síntese, o convite é uma espécie simples e sumária de licitação, adotada em função do valor do contrato, conforme art. 23 da Lei 8666/93. Os licitantes podem ser escolhidos entre os inscritos em cadastro de fornecedores ou não, a exigência legal é a de que seja convocado por escrito um mínimo de três interessados.

1.2.4 - Concurso

O concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores, segundo critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial. É

comumente utilizado na seleção de projetos, onde se busca a melhor técnica, e não o menor preço.

Deve ser anunciado com ampla divulgação pela imprensa oficial e particular, através de edital, publicado com uma antecedência mínima legal de 45 dias para a realização do evento. A qualificação exigida aos participantes será estabelecida por um regulamento próprio do concurso, que conterà também as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho, bem como as condições de realização e os prêmios a serem concedidos.

Está descrita esta modalidade na Lei 8666/93, em seu artigo 22, § 4º, que expõe que concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

Vale ressaltar que o edital deve ter o máximo de divulgação, então hoje é comum termos concursos públicos divulgados também num dos meios de comunicação mais rápido e talvez abrangente que existe, que é a internet.

1.2.5 - Leilão

É a modalidade de licitação entre quaisquer interessados, adequada para venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para alienação de bens imóveis, a quem oferecer maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. O leilão está previsto o artigo 22, § 5º, da lei 8666/93.

O leilão realizado pela administração pública segue os mesmos fundamentos do leilão realizado entre particulares, com a diferença de poder ser realizado por leiloeiro oficial ou por servidor designado para tanto pela administração (art. 53, Lei 8666/93). No mais, segue os procedimentos tradicionais previstos na legislação pertinente, comercial e processual.

1.2.6 - Pregão

O pregão é a modalidade de licitação regulada pela Lei nº 10.520/02, aplicável na hipótese de aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor, em hipóteses determinadas e específicas.

Antes dessa lei, associava-se o pregão, no âmbito do Direito Administrativo, ao modo pelo qual se realiza o leilão, modalidade destinada à venda de bens móveis inservíveis para a administração, ou legalmente apreendidos ou penhorados e até mesmo à alienação de bens móveis que venham a integrar o patrimônio de ente público em função de penhora ou dação em pagamento.

Nesta modalidade de licitação regulada por lei específica que no caso é a Lei nº 10.520/02, mas o pregão aplica subsidiariamente a Lei 8.666/93, sendo que se presume que se tera maior segurança, onde se torna aplicável na hipótese de aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor, ou seja, aqui o valor é ilimitado, sendo assim um interessante objeto de fraude tanto para a administração quanto aos licitantes.

O que caracteriza um objeto comum é a padronização de sua configuração, que é a viabilização pela ausência de necessidade especial a ser atendida e pela experiência e tradição do mercado.

O Pregão trouxe inúmeras inovações pode-se citar: a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas; a possibilidade de ofertar lances verbais e sucessivos; processamento e julgamento por pregoeiro especialmente designado e não por comissão de licitação é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados, adequada para venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para alienação de bens imóveis prevista no art. 19 do Estatuto Licitação, a quem oferecer maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

1.3 - Evolução histórica da licitação

Devido a grande demanda de contratações feitas pela administração pública e a evolução dos órgãos de fiscalização de recursos de caráter público, que a licitação pública sofreu enormes modificações.

Os primeiros instrumentos jurídicos de regulamentação foram o Código da Contabilidade Pública da União de 1922, Decreto Lei 200/67, Lei 5.456/68, Lei 6.946/81 e Decreto Lei 2.300/86, todos estes foram revogados pela Lei 8.666/93, que de maneira normal para atualização de procedimentos foi alterada por outras duas leis, que são a Lei 8.883/94 e 9.648/98.

Sendo que o artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, estabelece as normas gerais, sobre licitações e contratos previstas no art. 22, XXVII, da mesma, aplicáveis a administração direta, indireta e fundacional da União, Estados e Municípios.

Assim, podemos dizer que a licitação já vem desde a idade média, usava-se varios sistemas arcaicos para contratação de aquisição de bens e serviços. Porém isto é o passado, hoje os estados modernos tentam e devem cada vez mais evoluir o procedimento licitatório, a fim de tentar acabar com os índices de corrupção que a cada dia que se passa está mais inerente a administração pública.

De forma solene, no Brasil como enunciamos no primeiro parágrafo desta evolução e história da licitação pública, tivemos várias modificações na nossa forma de utilizar o procedimento da licitação, como exemplo podemos citar o Decreto Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967, que dispunha sobre normas relativas a licitação para compras, obras, serviços e alienações, estabelecendo as primeiras normas e princípios, porém este decreto era muito simples e deixa muitas lacunas sobre varios assuntos.

Já o Decreto Lei 2.300 de 21 de novembro de 1986, esta lei era esperada com muita ansiedade por todos, porque na época havia muitos escândalos envolvendo os órgãos públicos licitantes no sentido de possíveis ilegalidades na concorrência pública, serviços, ficando assim difícil para ambos os lados um acerto real.

Passaram-se dois anos, surge um importante marco legislativo, que foi a Constituição Federal, através do poder constituinte originário, foi instituído o seguinte princípio em seu art. 37, inciso XXI:

Art.37, XXI – “ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações, serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações”.

A partir da criação da Constituição federal de 1988, é que surgem as modificações mais importantes para que se realizasse um melhor processo licitatorio, como a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, foi editada após intensa pressão social para conter abusos evidentes nas contratações públicas, e procurou suprir as lacunas do decreto revogado, com a finalidade de

frear qualquer infrator, assim tipificando os crimes e cominando as penas aos seus infratores, estabelecendo inovações.

No ano seguinte, em 8 de junho de 1994, foi alterada pela Lei nº 8.883, sob o argumento de que reformulações imprededíveis para corrigir os equívocos da lei, sendo que o principal objetivo era trazer a celeridade das contratações.

Após essa segunda alteração, o poder executivo, usurpando as funções do poder legislativo, veio editando repetidamente medidas provisórias sempre no intuito de melhorar cada vez mais o procedimentos da licitação pública.

Logo mais foi criada a Lei 10.520/02, que institui a modalidade de licitação denominada pregão, na âmbito da União, Estados, Distrito federal e Municípios. Portanto, sendo criado mais uma modalidade tem-se mais um mecanismo para dar suporte a licitação pública.

Mais tarde tendo em vista a necessidade de certas regulamentações, foram criados a Lei Complementar 123 de 12.12.2006, nos seus artigos 42 ao 49 regulava situações de empresas e microempresas para participar de licitações.

Posteriormente veio do decreto 6.204 de 05.09.2007, regulamenta o tratamento favorecido e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas, e consoante ao decreto foi criada a Lei 11.448/07, que determina a referida Lei Complementar às sociedades cooperativas.

Emfim a partir da década de 90 que houve muitas inovações e mudanças, mas o importante é que trouxe subsídios para que cada vez mais se aprimore as leis que regem a licitação, trazendo muitas melhoras desde a sua primeira edição a muitos anos atrás.

1.4 - O Dever de Licitar

A licitação é o instituto pelo qual busca-se a melhor proposta para a contratação ou obtenção prestação se serviços, sendo que não são todos os sujeitos de direitos obrigados a licitar. Observa-se o que expressa Constituição Federal em seu art. 37, inciso XXI:

Art.37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também o seguinte:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo

de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.

Em conformidade com a Constituição Federal, a Lei 8.666/1993, arrola, em seu artigo 1º, parágrafo único, as entidades jurídicas que se subordinam ao regime jurídico por ela instituído.

Art. 1º, Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que alterou o artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal, surgiu dúvida em relação à subordinação das empresas públicas e sociedades economia mista exploradoras de atividade econômica à Lei de Licitações, é que o referido dispositivo constitucional reza que a lei estabelecerá o estatuto jurídico que regulará as pessoas jurídicas acima mencionadas, dispondo sobre vários aspectos, inclusive sobre licitação e contratação.

Apesar das referidas modificações, até o momento o estatuto jurídico ainda não foi editado, ficando, portanto, as entidades exploradoras de atividades econômicas submetidas ao regime da Lei 8.666/1993. Já quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, não resta nenhuma dúvida, elas estão subordinadas a Lei nº 8.666/93.

1.5 - Princípios Licitatórios

Como foi instituída por fundamentos próprios, a licitação é norteada por alguns princípios, alguns expressos em lei. Sendo que para verificação da validade ou invalidade dos atos do procedimento, devam ser considerados esses princípios.

Os princípios têm o intuito de regar e delimitar o poder de atuação dos agentes públicos e é nesse sentido que os princípios do artigo 3º da Lei 8.666/93 estão elencados.

Diz o artigo 3º da Lei 8.666/93:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Os princípios devem ser entendidos como regras fundamentais que devem presidir a todo procedimento licitatório. Os princípios podem incidir tão somente sobre comportamento das partes, sem estarem voltados propriamente aos fins do procedimento administrativo.

1.5.1 - Princípio da Legalidade.

Esse princípio que está expressamente insculpido na regra do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, que nos traz a idéia expressamente que ninguém será obrigado a nada senão em virtude de lei, norteia toda a administração pública e é específico do Estado de Direito, portanto é de suma relevância.

Por força dele a administração é vinculada à lei, pois a licitação é um procedimento inteiramente e rigorosamente disciplinado na Lei 8666/93. Tudo conforme o art. 4º da referida lei:

Art. 4º - Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º tem direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

O princípio da legalidade rege toda a atividade administrativa, mas ele não pode ser entendido de forma medíocre, pois ele é de observância das normas que regem toda a licitação.

No âmbito específico da licitação pública, a legalidade, sem dúvida, é princípio essencial. Também está prevista no caput do artigo 3º de Lei 8.666/93:

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Enfim, a Administração Pública não poderá criar novos procedimentos, suprimir fases, nem poderá contratar diretamente sem que haja a devida licitação. A não ser que essa contratação se subsuma nos casos de dispensa ou de inexigibilidade, previstos, respectivamente, nos artigos 24 e 25 da lei 8666/93.

Este princípio que no campo das licitações, impõe a vinculação do administrador às prescrições legais que regem o procedimento em todos os seus atos e fases, ou seja, é a aplicação do devido processo legal por parte da administração, sendo-lhe exigido que a modalidade seja escolhida de forma correta, que os critérios seletivos sejam bem claros, que somente deixe de realizar a licitação nos casos previstos em lei, ou seja, durante todo procedimento devem ser seguidos os passos dos mandamentos legais.

1.5.2 - Princípio da Impessoalidade.

Certo é dizer que muitos daqueles que comandam a administração pública, se não forem impedidos, tendem a obter benefícios particulares, se promovendo à custa da coisa pública, ou beneficiando amigos e apadrinhados. A Constituição Federal para vetar essa prática de favorecimento abriga o princípio da impessoalidade dentre aqueles que vinculam a administração pública. Garantindo a despersonalização da atividade administrativa, visando o interesse coletivo em detrimento do particular.

“A impessoalidade no processo licitatório se reserva ao fato de não haver fatores de natureza subjetiva ou pessoal interferindo nos atos do processo licitatório”. (MEDAUAR, 2010, p.190)

Enfim, a administração tem que tratar a todos os concorrentes sem discriminações, benefícios ou qualquer outra forma que possa diferenciar um concorrente do outro. Nem favoritismo, nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses de qualquer espécie.

1.5.3 - Princípio da Igualdade

O objetivo principal do procedimento licitatório é proporcionar à administração pública uma contratação vantajosa, e para que isso seja possível, é necessário que a administração trate todos de forma isonômica, haja vista não pode haver competição sem que exista igualdade entre os concorrentes.

De forma clara expõem seu entendimento Odete Medauar acerca do princípio da legalidade:

Assim, o princípio da igualdade assegura isonomia de tratamento para todos os licitantes ou para aqueles que pretendam participar da licitação, vedada qualquer discriminação. É o desdobramento do princípio constitucional de igualdade, previsto no artigo 5º, caput, CF/88. (MEDAUAR, 2010, p.190)

Desse modo, o art. 3º, § 1º, inciso I, veda aos agentes públicos que incluam ou admitam, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções.

O princípio da igualdade só pode ser quebrado quando o elemento discriminador se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito. É o caso da limitação de idade em concurso público, e da aposentadoria das mulheres com menos tempo que os homens.

Ressalva-se quanto a este princípio os critério de desempate contidos nos incisos I, II, III e IV do § 2º, art. 3º da Lei 8666/93 que assegura, em igualdade de condições, como critério de desempate, os produtos produzidos no País, os produzidos ou prestados por empresas brasileiras, e também os produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

1.5.4 - Princípio da Moralidade.

Este princípio possui uma difícil forma de verbalizá-lo, no entanto, este busca a observância da todos os preceitos que a informa, sem frustrar sua licitude e sem desviar suas verdadeiras finalidades.

Tal princípio, que perpassa toda atuação administrativa, obriga os agentes da administração a pautarem suas condutas por valores éticos, agindo com lealdade e boa-fé na suas relações externas e internas.

Este se inscreve, expressamente, no art. 37, caput, da Constituição Federal e na Lei nº 8.666/93. Juntamente com a legalidade estão os pilares mais importantes para a configuração do regime jurídico administrativo.

A ausência de disciplina legal não autoriza o administrador a uma conduta ofensiva à ética e à moral. A moralidade, como dito, soma-se à legalidade, de sorte que uma conduta compatível com a lei, mas imoral, afigura-se norteadada de nulidade. A importância desse princípio no âmbito licitatório foi muito bem realçada por Hely Lopes Meireles que se manifesta:

“Na licitação, a conduta moralmente reprovável acarreta a nulidade do ato ou do procedimento. Existindo imoralidade, afasta-se a aparência de cumprimento à lei ou ao ato convocatório. A conduta do administrador público deve atentar para o disposto na regra legal e nas condições do ato convocatório. Isso é necessário, mas não suficiente para validade dos atos” (MEIRELES, 2011, p.215)

O princípio em pauta também condiciona a conduta dos próprios participantes da licitação. Com efeito, a disputa deve ser honesta, os licitantes devem manter uma postura moralmente correta perante os demais e a administração. Jamais poderá haver conluio entre os

licitantes, sob pena de violarem o princípio da moralidade, invalidando todo o processo licitatório.

1.5.5 Princípio da Probidade Administrativa

Consiste na honestidade de proceder ou na maneira criteriosa de cumprir todos os deveres que são atribuídos ou cometidos ao administrador por força de lei. Está diretamente ligado ao princípio da moralidade administrativa. O administrador, ao praticar um ato, deve priorizar a busca da moral, da ética, do bom senso, ou seja, deve orientar-se não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum, conhecendo as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto.

O administrador público que não agir com probidade, deverá sofrer sanções, é o que se infere do § 4º do art. 37 da Constituição Federal, a seguir.

Art.37,§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Exige que a conduta do administrador seja honesta, não só para com a administração, mas também para com os licitantes, de tal forma que sua atividade esteja voltada para o interesse da administração, que é o de promover a seleção mais acertada possível, ou seja, a mais vantajosa e atenda aos requisitos que busca a licitação.

Se, ao contrario, a improbidade frustra o objetivo da licitação, o responsável por prejudicar, deve sofrer a aplicação das sanções civis, penais e administrativas cabíveis, conforme a Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8492/92.

1.5.6 - Princípio da Publicidade.

O principio da publicidade traduz-se em transparência, e é essencial ao estado democrático de direito, não só para legitimar os atos do administrador público, como também, para auxiliar os indivíduos a exercerem a cidadania.

“Assim, este princípio informa que a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras ao maior número possível de pessoas.” (CARVALHO FILHO, 2010, p.265)

Revela-se, o dever da administração de manter os cidadãos informados de tudo que se refere à administração pública, e da maneira mais ampla possível.

Nessa linha, a licitação, assim como qualquer outro procedimento administrativo, deverá observar o princípio da publicidade, permitindo o conhecimento pelos interessados, bem como o controle pelos administrados. Em razão desse princípio, os atos e termos da licitação, inclusive a motivação devem ser expostos ao conhecimento de quaisquer interessados, devendo suas sessões ser realizadas de portas abertas como ato público.

1.5.7 - Princípio da Razoabilidade.

É um princípio que limita a atuação do administrador, obrigando-o a adotar medidas coerentes, justas e adequadas aos fins a que se preordenam.

Com este princípio que a administração ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que buscam, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da administração pública, com lesão aos direitos fundamentais.

1.5.8 - Princípio da Proporcionalidade

Este princípio, também informador de toda a atividade administrativa, sobretudo da atuação discricionária, que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público.

Em uma linguagem simples cumpre a função do fiel da balança, propiciando uma relação de equivalência entre duas grandezas. Nessa linha de raciocínio, entende-se ilegítimo

todo ato administrativo cuja intensidade e amplitude dos gravames provocados na situação jurídica dos administrados ultrapasse o limite necessário ao cumprimento de sua finalidade.

O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins.

1.5.9 - Princípio da Economicidade.

O objetivo da licitação é assegurar que a administração pública selecione a proposta mais vantajosa. O gestor público deve agir com cautela e honestidade, não é por que o dinheiro é público que se pode gastá-lo irresponsavelmente, ao contrário, é por ser público que os governantes devem agir com mais zelo, mais cuidado e transparência.

A economicidade está diretamente ligada à indisponibilidade do interesse público, à busca da gerência dos recursos públicos de forma mais eficaz, dentre as possíveis, agindo o administrador com ética e objetividade para alcançar os fins econômicos almejados.

Não bastam honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos.

Como os recursos públicos são cada vez mais escassos, o Administrador Público tem obrigação de aplicá-los de forma que venha a trazer melhores resultados, ou seja, de uma forma mais eficiente e econômica.

Neste particular, acresce dizer que a economicidade tem uma aplicação relativa, vez que o administrador, na seleção da melhor alternativa, deve examinar todos os valores em conflito, pois, se a proposta economicamente mais vantajosa puser em risco um valor de maior hierarquia, deve ser rejeitada.

1.5.10 - Supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Consiste no dever-poder inerente à administração pública de, na busca de suas finalidades, privilegiar o interesse da coletividade mesmo em detrimento do interesse do particular.

As normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Em outras palavras, as prerrogativas são do Estado enquanto coletividade, de sorte que somente se justificam para promoção do bem comum.

O principal objetivo e função deste princípio, está na busca de compatibilidade ou conciliação dos interesses com a minimização de sacrifícios.

1.5.11 - Princípio da indisponibilidade do interesse público.

Trata-se de um dos princípios mais importantes do direito administrativo. Enuncia que o interesse público a que os agentes públicos devem satisfazer no exercício de suas funções administrativas é irrenunciável, dele não dispendo os administradores que, sob qualquer pretexto, não podem deixar agir ou retardar providências relevantes ao atendimento do interesse coletivo.

Significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade e internos ao setor público, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja.

O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los o que é também um dever na estrita conformidade do que dispuser os atos a serem realizados em conformidade com a lei.

1.5.12 - Vinculação do Instrumento Convocatório

Em conformidade com tal princípio todos os participantes da licitação, bem como o administrador público, devem cumprir o que foi anteriormente disciplinado e estabelecido no instrumento convocatório quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato, conforme estabelece o caput do artigo 41 da Lei 8.666/93, nela está exposto que administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada.

Nem se compreenderia que a administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado.

“O edital é a lei interna da licitação, e como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a administração que o expediu”. (MEDAUAR, 2010, P.191)

E em caso que o instrumento de convocação apresente falhas, poderá ser corrigido, desde que os licitantes tomem conhecimento da alteração e tenham possibilidade de se amoldarem a ela, é ainda vedado o descumprimento das regras do instrumento de convocação, tanto à administração quanto aos licitantes

1.5.13 - Princípio do Julgamento Objetivo

O julgamento objetivo é a indicação pela comissão de licitação, da proposta vencedora. Sendo que deve ser feita por critérios previamente fixados no instrumento convocatório, ou seja, o edital.

Este princípio impede que no julgamento da licitação se decida utilizando o subjetivismo, os julgadores devem ser impessoais, imparciais, isentos e devem seguir a questões técnicas e pré-estabelecidas na lei e no instrumento convocatório.

O edital deve estabelecer de forma clara e precisa qual será o critério para a seleção da proposta vencedora, e escolhido o critério a comissão de licitação não poderá levar em consideração outros fatores não previstos no edital. Todavia, reconhece-se que essa objetividade nem sempre é absoluta, especialmente quando se exige qualificação técnica, sendo somente possível nos certames decididos unicamente pelo preço.

Portanto, cumpre reconhecer, entretanto, que objetividade absoluta só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento, muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas, nem sempre será possível atingir o ideal da objetividade extrema.

Enfim, tal princípio visa afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se aos critérios prefixados pela administração, assim se, por exemplo, no edital foi previsto o critério do menor preço, não poderá ser escolhida a proposta de menor técnica.

1.6 - Dispensa e inexigibilidade de licitação

A lei 8.666/93 nos traz os casos em que não se realiza o processo licitatório antes da contratação, e estão previstos nos artigos 24 e 25 e seus respectivos incisos, que trazem um rol considerado taxativo.

Assim, há casos em que a instauração do procedimento seletivo se revela inapto à consecução do processo licitatório. Esses casos são conhecidos no ramo do direito administrativo como dispensa e de inexigibilidade do processo licitatório.

1.6.1 - Dispensa

O procedimento licitatório, como já enfatizado, é a regra a ser seguida pela administração pública quando da realização de compras, serviços, obras, alienações e etc. A contratação direta constitui duas exceções, somente se justifica, nas situações consideradas como de dispensa ou de inexigibilidade do procedimento licitatório.

Há dispensa de licitação quando ocorrem, em caso concreto, circunstâncias especiais, previstas em lei, que facultam a não realização da licitação, que era em princípio imprescindível, assim abrindo ensejo à contratação direta.

No art. 24 da Lei nº 8.666/93, o rol instituído pelo citado artigo contém situações que demanda grande tempo e conhecimento. A dispensa abrange os casos em que a situação enseja competitividade, sendo possível efetuar licitação, mas a lei faculta sua não realização. Por isso o rol do art. 24 é considerado taxativo, assim expõem.

Art. 24 - É dispensável a licitação:

I - Para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a

Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços; VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades preteritas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público; XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;

XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta LeiXIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

XXI - para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico; XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica; XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão

XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegidaXXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública. XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão. .

XXIX – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente

justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força.

XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal.

XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.

XXXII - na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica

As hipóteses elencadas no exposto artigo citado acima, são melhor compreendidos adotando-se o critério classificatório traçado, que são pequeno valor, situações excepcionais, peculiaridades da pessoa contratada, peculiaridades do objeto que se busca obter.

Contudo, o administrador deve tomar cuidado quando decide pela contratação direta, pois a lei de licitações considera ilícito penal dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses expressas em lei. É o que descreve o artigo 89 da lei 8.666/93, vejamos a seguir:

Art. 89 - Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade. Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Enfim, a administração deve tomar sérias precauções quando vislumbra uma hipótese de dispensa de licitação, deve analisar minuciosamente para que seja sujeita a sanções cunho penal, administrativa e civil.

1.6.2 - Inexigibilidade

A inexigibilidade diz respeito a casos concretos de fato ou direito que é inviável a competição. (MEDAUAR, 2010, P.210)

Neste caso, há inexigibilidade quando ocorrem, em caso concreto, circunstâncias especiais, de fato ou de direito, previstas em lei, as quais, porque inviabilizadoras de competição, afastam a obrigatoriedade do processo licitatório. Como prevê o artigo 25 da lei 8666/93:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Enfim, em todos esses casos a licitação é inexigível em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando não se atende todas às exigências da administração no que concerne à realização do objeto do contrato.

Significa dizer que a realização do procedimento licitatório é materialmente impossível em face da singularidade do objeto. Trata-se, como se percebe, de uma inviabilidade lógica. É importante observar, ainda, que o rol descrito no art. 25 não abrange todas as hipóteses de inexigibilidade.

Neste tópico acresce enfatizar, por oportuno, que sendo a licitação, via de regra, sempre exigível e, tendo em vista os princípios que a informam, a exclusão licitatória somente se legitima mediante motivação expressa e instrumentada, firmada pela autoridade administrativa competente, apta à comprovação dos fatos que lhe deram ensejo, tudo de sorte a que nada escape do controle administrativo ou judicial.

1.7 - Procedimento da Licitação:

A licitação constitui-se de duas fases procedimentais, a primeira de fase interna e a segunda e a fase externa, a seguir discorrerei munciosamente sobre as duas.

1.7.1 - Fase interna

Tem inicio na repartição interessada em que a orgção público competente determina sua realização, define acerca de seu objeto e indica os recursos hábeis para a despesa.

1.7.2 - Fase externa

Já nesta fase se desenvolve através de varios atos seqüenciais: o edital, a carta convite de convocação dos interessados, recebimento da documentação e propostas, habilitação dos licitantes, julgamento das propostas, adjudicação e homologação.

O edital é um ato administrativo vinculado pelo qual o orgão responsavel estabelece as regras da licitação, cujo conteúdo é de natureza discricionária, ditado pela administração pública. A divulgação do edital é obrigatória pela imprensa oficial e a particular, o prazo mínimo para convocação dos licitantes está agora fixado em trinta dias para a concorrência, quarenta e cinco dias para o concurso, quinze dias para a tomada de preços e leilão e cinco dias úteis para o convite.

A carta convite é um instrumento convocatório dos interessados na modalidade de licitação denominada convite. É uma forma simplificada de edital que, por lei, dispensa a publicidade deste, pois é enviado diretamente aos possíveis proponentes, escolhidos pela própria repartição interessada.

O recebimento da documentação e proposta é que se inicia a fase de habilitação dos licitantes. Esse ato, que é sempre público, caracteriza-se pela abertura dos envelopes que contém a documentação e pelo exame de regularidade formal dos documentos de habilitação, lavrando-se as atas e os termos respectivos. A documentação é composta por comprovantes da personalidade jurídica, da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade fiscal que exigem dos interessados para a habilitarem-se na licitação. Propostas são as ofertas feitas pelos licitantes para a execução do objeto da licitação, indicando cada qual seu modo de realização e preço, na forma e condições pedidas no edital ou convite.

A habilitação dos licitantes é o ato pelo qual o órgão competente examina a documentação e manifesta-se sobre os requisitos mínimos exigidos no edital.

O julgamento das propostas é feita por menor preço, melhor técnica, e aqui reúne-se melhor técnica e preço. Sendo que o órgão responsável pelo certame deve estabelecer no edital o critério prevalente a ser adotado no julgamento da proposta mais vantajosa. Assim, cabe, de forma discricionária à administração, a livre escolha do critério a ser observado na fase de julgamento das propostas.

A adjudicação consiste no ato da administração que confere ao vencedor o direito a preferência para a celebração do futuro contrato administrativo. Já a homologação consiste na fase final da licitação, onde a autoridade dirigente entende válido todo o procedimento licitatório e se declara interessada na futura celebração do contrato administrativo, e assim o faz.

CAPITULO I I

FRAUDE EM LICITAÇÕES E REFLEXOS NA SOCIEDADE

2- FRAUDE EM LICITAÇÕES

2.1 Natureza jurídica

Anteriormente foi visto que a licitação é o procedimento que objetiva assegurar a aplicação do princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração Pública. É ato formal, rígido e que deve respeitar as normas e os princípios inerentes a todo o processo licitatório.

O procedimento licitatório pode dar margem a várias condutas ilegais por parte dos agentes administrativos e também por parte dos licitantes, a lei que vigora separou parte especial para tratar dos crimes e das penas que podem ocorrer nas licitações. Vale ressaltar que os tipos sancionáveis são apenas os dolosos.

Contudo o que norteia a licitação pública, as leis, os princípios, não são suficientes para que se tenha um processo licitatório sem fraudes, sendo que todos os atos seja ele qual for área do nosso mundo jurídico sempre será passível de fraudes.

Quando violada a lei e os princípios nela citados, o agente público se enquadra em um dos tipos penais que estão consignados nos artigos 89 a 98 da Lei 8.666/93. Em relação a omissão e comissão das ações criminosas, na Lei de Licitações podemos encontrar ambas.

A ilustre doutrinadora Odete Medauar, em relação a ação de omissão e comissão fala que:

“Pela ação de comissão, exige do autor um comportamento positivo, exemplo quando é impedida a inscrição de alguém no registro cadastral para fins licitatórios. Na conduta omissiva, não há conduta do autor, porém esta era exigida pela lei e por isso se consuma o crime, exemplo, quando o autor estava obrigado a exigir a licitação, porém não o faz”. (MEDAUAR, 2010, p.212)

Pelo descumprimento das normas não-penais da Lei de Licitações, sem prejuízo da nulidade do ato, o servidor público pode também, ser responsabilizado civil e administrativamente, como previsto no artigo 82 da lei 8666/93.

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Quando ocorre violação dolosa ou culposa, o infrator tem obrigação de reparar o efetivo dano causado ao prejudicado, seja ele pessoa física ou jurídica, privada, pública ou governamental. Essa reparação caracteriza a responsabilidade civil do agente infrator. Esta pode ser culposa, quando a ação ou omissão seja por imprudência, negligência ou imperícia

ou dolosa se o autor assume o risco de produzir o resultado. A responsabilidade é então subjetiva, pois só cabe se o autor agiu com dolo ou culpa e se causou dano patrimonial.

O autor aqui pode tanto ser um agente administrativo, como um particular. A diferença de responsabilidade civil e responsabilidade administrativa é que nesta o agente necessariamente é servidor público, descumpra norma interna da administração e não necessita ocorrência do dano patrimonial. Ressalte-se que para a Lei 8666/93, servidor público é aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.

A prática dos crimes no processo licitatório tanto pode ser uma pessoa física qualquer como um servidor, outras vezes só pode ser uma pessoa física qualquer, fraude contra a Fazenda Pública, entrega de uma mercadoria por outra, por exemplo.

Ainda em relação às causas excludentes de criminalidade, e também como o artigo 24 da Lei 8666/93, prevê as contratações que estão dispensadas de licitação, no entanto, o autor não incorre em nenhum crime, podendo contratar o negócio de interesse da administração sem que o contratado seja escolhido mediante prévio procedimento licitatório. Também no artigo 25 da Lei 866/93 são previstas as condutas referidas acima, aqui, libera-se a administração da realização de prévio processo de licitação à celebração dos contratos de seu interesse.

Expõe o artigo 25 e seus respectivos incisos da Lei 866/93, sobre a inexigibilidade de licitação, que não compõe no rol elencado no mesmo ser de caráter taxativo.

Feita uma análise da Lei de Licitações e Contratos Administrativos e nos crimes decorrentes da inobservância dessa lei, será estudado especificamente o crime de fraude nos procedimentos licitatórios para que, posteriormente seja dimensionada a fraude no processo licitatório e seus reflexos na sociedade.

2.2 - Previsão legal

Como a fraude a licitações é assunto de relevância no direito brasileiro, a Lei 8.666/93 não poderia deixar de trazer em seu texto no que diz respeito aos crimes e as penas relacionados com a licitação e os contratos administrativos.

Fraudar diz respeito ao afastamento do caráter competitivo do procedimento da licitação. O cometimento deste crime fere diretamente os princípios licitatórios, posto que o procedimento administrativo de licitação existe simplesmente para que a aquisição buscada

pela administração seja feita de maneira imparcial, quer dizer todos os interessados devem ter a opção de participar.

Assim, de forma clara e objetiva os artigos 89 a 98 tipificam as condutas criminosas e as respectivas penas, que sempre são de detenção e de multa, assim expõe os seguintes:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Art. 90. Frustrar ou 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:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 95. Afastar ou procura afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.

Conforme foi exposto, vendo são inúmeras penas com teor relevante, mais a sucessão de crimes acontecem diariamente na administração pública.

De acordo com a teoria da fraude o ilustre doutrinador Diogenes Gasparini, afirma que são três as situações geradoras de tal prática, todas com a possibilidade de ocorrência de dentro para fora do sistema como de fora para dentro.

“A primeira delas decorre do sistema, pois este apresenta fragilidade ou até mesmo inexistência de controle nas atividades; a segunda situação ocorre em sistemas que possuem controle, porém frágil, permitindo assim que agentes tanto internos como externos pratiquem ações lesivas; por último, há a hipótese de envolvimento do agente com o sistema, existe o controle, mas os próprios agentes internos são

contaminados por interesses de terceiros”. (GASPARINI, 2010, p.266)

O que é de fácil percepção é que qualquer sistema está sujeito à fraude. Condutas como utilizar ou aceitar documentos falsos na habilitação do certame, licitação preparada para que determinada empresa ganhe, chamada de licitação dirigida, dispensa de licitação indevida, fracionamento de licitação e compra, em favorecimento de pessoas ou empresas, exigências no edital em grau maior ou menor do necessário, violação de propostas, caracteriza fraudes no procedimento de compras.

As fraudes envolvendo agentes públicos também se caracterizam após a ocorrência da licitação, já na execução do serviço ou entrega do bem, quando o próprio agente dispensa o recebimento do bem ou as características do bem ou serviço não corresponde com as exigidas no edital.

A consumação do crime ocorre pelo simples fato de ter sido afastado o caráter competitivo do certame, não importa se o agente obteve a vantagem desejada.

2.3 - Tipificação

Para melhor entendimento da tipificação de fraude o ilustre doutrinador Vicente Greco filho, traz em sua esfera penal que:

“a fraude é o acontecimento ilícito proveniente de atos de agente, que podem ser de caráter,funcionário, particular, operadores de direito, terceiros, sempre com o escopo de visar e obter vantagens irregulares e ilegais”.(GRECO FILHO, 2009, p.329)

No direito administrativo, especificamente no procedimento de licitações, fraudar quer dizer iludir, enganar, burlar o caráter competitivo do certame. A prática exige uma ação. É conduta comissiva. Exemplo é a publicação de edital em veículo inadequado para atingir dos eventuais interessados.

A referência aqui não é a licitação em si, e sim os princípios que regem tal procedimento, principalmente o da igualdade e da competitividade. O crime aqui é de dano, é indispensável que o ato praticado frustrasse ou venha a fraudar o caráter competitivo.

O prejuízo econômico não faz parte do tipo descrito de fraude, basta, portanto, que esteja comprovada a exclusão de algum candidato ou a combinação do resultado anterior ao certame, se foi constatada vantagem esta será elemento subjetivo e deverá ser analisada.

É sempre difícil analisar questões penais quando se tem como ponto de partida atos ou fatos provenientes de outros ramos do direito, mas é importante a conjugação dos diversos ramos do direito para assegurar que a sanção penal não se desvincule do referencial que é punir condutas que sejam extremamente reprováveis.

2.4 - Situações de fraudes em licitações

Com inúmeras formas fraudes em licitações, faz-se necessário apontar as principais e mais frequentes em um processo licitatório:

Licitação dirigida: Onde todos os ritos do procedimento licitatório não são feitos de forma legal e respeitando os princípios, pois os ritos são dirigidos pelo titular do órgão responsável pelo certame, assim presume-se que já sabe o resultado antes mesmo de ter acontecido, assim sendo prejudicado todo processo.

Apresentação de documentos falsos na habilitação do certame: este ato se dá quando uma pessoa física ou jurídica apresenta documentos falsos na fase de habilitação para que não perca a realização do certame, assim sendo habilitada no procedimento ela poderá concorrer.

Desvio de verba: É feito com a verba destinada ao cumprimento do objeto da licitação realizada, assim causando grande prejuízo ao erário público. Esse desvio pode ser feitos com notas fiscais do licitante vencedor do certame, e o mesmo repassa parte do desvio aos demais envolvidos na fraude.

Violação de propostas: Quando as propostas devem ser apresentadas juntas, para que não haja violação, mais quando a empresa apenas protocola e deixa as proposta com a comissão, ocorre a violação das propostas assim havendo beneficiamento de um licitante sobre o outro, ferindo o princípio da isonomia.

Declarações falsas de certidões: Aqui o licitante apresenta declarações falsas para provar que esta regular perante todos os órgãos fiscais, para que participe do processo licitatório.

Dispensa de licitação indevida: É quando a licitação é dispensada sem constar no rol do artigo 24 e seus respectivos incisos da Lei 8.666/93, não constando neste rol taxativo o processo licitatório é obrigatório a sua realização.

Favorecimento de pessoas ou empresas: Isso se dá pelo fato que o titular da administração, possui um relacionamento com algum dos licitantes ou tem algum beneficiamento com o favorecimento e assim saindo vencedor do certame o licitante.

Casos falsos como sendo emergenciais: Nesta situação a administração informa o caso como sendo emergencial, tendo que ser instaurado o processo urgentemente, assim tem beneficiamento o licitante que a administração queira.

Superfaturamento de preços; Neste caso a aumento significativo do preço do objeto da licitação, assim podendo ser desviado aos mesmos que realizam o certame, assim gerando beneficiamento pecuniário e enriquecimento ilícito.

Exigências no edital em grau maior ou menor do que o necessário: Configura-se caso de nulidade do processo licitatório, pois, o edital tem ter as especificações necessárias para satisfação do objeto pretendido.

Na ação física na prática do crime de fraude, o doutrinador Vicente Greco Filho revela que em:

“fazer ajuste, combinação ou utilizar-se de qualquer outro expediente que frustre a competitividade do procedimento. Ajuste e combinação envolvem pelo menos duas pessoas, dois concorrentes ou um concorrente e o administrador responsável pelo certame. Quanto a outro expediente, pode ser unilateral”. (GRECO FILHO, 2010, pg 276)

A fraude pode ocorrer de diversas maneiras, como adulteração ou falsificação de documentos ou a combinação prévia de propostas, mas é obrigatório que a fraude tenha efetivamente ocorrido e ser comprovada, portanto a tentativa de fraude não é sancionável.

2.5 - Reflexos dos crimes de fraudes a licitação na sociedade

O processo licitatório na administração pública se encontra em evidência hoje em dia, isso se dá pelas inúmeras fraudes que acontece em vários processos licitatórios, sendo este mais um objeto utilizado para a prática de corrupção pelos titulares da administração pública para desvio de verbas públicas, beneficiamento de empresas concessionárias, enriquecimento ilícito e outras inúmeras formas de fraudes.

Os recursos que são remetidos para administração pública são oriundos de impostos,

taxas e outros tipos de contribuição, sendo que é a sociedade que desembolsa este dinheiro que posteriormente irá ser redistribuído em formas de receitas públicas. Neste ponto que se faz necessário o processo licitatório, pois com essas verbas é que administração pública irá manter e realizar suas atividades internas e externas sejam elas nos âmbitos municipal, estadual, federal.

Nenhuma dúvida subsiste nos meios administrativos, comerciais e jurídicos, de que a licitação é a forma constitucionalmente prevista para que a administração pública realize suas contratações na tentativa da observância de diversas garantias e princípios, dentre eles a livre concorrência, a isonomia entre os concorrentes e a obtenção da proposta que ofereça maiores vantagens.

A doutrinadora Maria Sylvia Di Pietro, fala da importância do acompanhamento da sociedade ao processo licitatório.

Com a grande importância do assunto ao se tratar sobre recursos que poderiam ser gastos com saúde, educação, lazer e assistência social, é obrigatório que a sociedade tenha um conhecimento sobre o tema, sendo que durante o procedimento da licitação os cidadãos possam acompanhar, requerer informações, impugnar atos inerentes ao processo, e representar perante o órgão competente pela fiscalização expondo qualquer tipo de irregularidade. (DI PIETRO, 2009, p.308)

Assim, a sociedade é um grande objeto para a fiscalização do processo licitatório, além de ter o direito de acompanhar a mesma pode representar ao órgão competente sobre a devida fraude, para que se possa tomar as devidas providências cabíveis.

De acordo com esta Lei 8.666/936 a celebração de contrato com terceiros na administração pública deve precedido de licitação, e para isso ela impõe e estabelece normas gerais e princípios para que o processo licitatório seja realizado de forma idônea, proporcionando igualdade entre os concorrentes, assim selecionar a proposta mais vantajosa, e a partir daí estas verbas sejam usadas de forma legal, assim fazendo com que a sociedade possa ter mais qualidade na saúde, educação, assistência social e lazer.

Contudo, na realidade isto não acontece, haja visto que a corrupção está entranhada na administração pública e por consequência presente nos procedimentos licitatórios.

A licitação veio contornar os riscos, sendo que é um procedimento anterior ao próprio contrato, permite que várias pessoas ofereçam suas propostas, em consequência, permite que

seja escolhida a mais vantajosa. (CARVALHO FILHO, 2010, p.255)

O ambiente administrativo público, com suas características extremamente burocráticas, porém dinâmicas e evolutivas nas situações fáticas, hoje em dia, trazem a oportunidade da criatividade e sofisticação criminosa, com artimanhas freqüentes para a consumação do objetivo de fraude.

A fraude em licitações a cada dia que se passa acarreta maior perplexidade junto à sociedade, sendo alvo de um sentimento de impunidade, ante a divulgação de grandes esquemas de corrupção no âmbito da administração pública e a reduzida punição dos responsáveis.

Neste sentido, os artigos 89 ao 99 da lei n. 8.666/93 vem pautar limites objetivos às ações dos licitantes e demais envolvidos na execução dos procedimento licitatórios na administração pública, traçando balizas, definindo condutas, e apontando as conseqüências penais, e demais responsabilidades de ordem civil e administrativa que estas ações podem acarretar.

Mesmo com todas essas previsões, a fraude aos processos licitatórios vem aumentando freqüentemente, muitos doutrinadores abordam que, as fraudes em muitos casos se da pela complexidade e morosidade que a lei imprime no procedimento licitatório, ora, e se não houvesse nenhum tipo de regulamentação, seria no entanto, este procedimento um alvo mais fácil ainda de se cometer fraudes.

O tipo penal contém inúmeras espécies de fraudes à licitação ou à execução do contrato. Fraudar implica na prática de atos comissivos, que buscam dissimular a lisura do procedimento licitatório ou a execução do contrato firmado que, como já mencionamos, causa prejuízo financeiro ao erário público, e também, diversos impactos negativos a sociedade, que por conseqüência, cada dia acaba sendo mais lesada.

Não é difícil vislumbrar os reflexos que estes crimes de fraudes a licitação pública ocasionam na sociedade, sendo que a administração pública que gere os recursos da sociedade, ou seja, ela é a representante legal da sociedade podendo ser municipal, estadual e federal.

A corrupção, as fraudes nas licitações, a falta de fiscalização dos gastos dos recursos públicos são temas cada vez mais rotineiros na sociedade, até porque é comum ver-se nos meios de comunicação o aumento excessivo no desvio de recursos que atingem os processos tanto de compras quanto de contratação nos órgãos públicos.

Quando ocorre a fraude a licitações, acontece o que pode ser denominado de corrupção na administração, podendo afetar os diferentes setores da sociedade.

A assistência social, sendo que a desigualdade é muito grande nos dias atuais, sendo que verbas destinadas a programas sociais que minimizam essa desigualdade são desviadas fazendo grande falta as pessoas que necessitam.

A construção civil, quanto à carência de verbas para a manutenção dos serviços da cidade, dificultando a circulação de recursos.

A educação, quando os desvios envolvem recursos destinados à construção de escolas e creches, melhoramento no ensino, a merenda escolar, a materiais escolares, ao transporte escolar, que prejudicam o desenvolvimento dos estudantes;

A saúde, quando o desvio de verbas atinge diretamente o bem-estar dos cidadãos, pois acarreta, de certa forma, a má qualidade do atendimento, a falta de equipamentos essenciais para um tratamento adequado, a não contratação de profissionais qualificados, dentre outros.

A quantidade de falcatruas chegou a um nível tão grande, que a imprensa praticamente foca sua atenção de forma prioritária nas denúncias, tanto oriundas de fontes próprias, quanto naquelas resultantes de investigações policiais e administrativas.

Até parece que não haverá solução, mas algumas providências ainda podem ser tomadas. Essas providências podem ser internas e administrativas e também oriundas dos próprios entes privados que, num entendimento inicial, seriam agentes ativos dos delitos de fraude. Podem ainda elas ser jurídicas e legais como algumas já existentes, a exemplo das criações de novas modalidades de competição, e também podem ser derivadas de monitoramento e denúncias por parte da própria sociedade.

No entanto, a criatividade e capacidade dos seres humanos, notadamente aqueles detentores da índole criminal, acabam por gerar situações de fraudações à lei, que às vezes se tornam quase que impossíveis de serem identificadas e punidas.

Nos últimos anos foram descobertas várias situações de corrupção em licitações, que acabam por gerar a dúvida entre duas hipóteses: será que a corrupção só aumenta ou os controles e monitoramentos melhoraram com o tempo, ou mesmo as duas situações podem estar acontecendo. Não existem maneiras de se mensurar, já que está se falando de crime, com suas costumeiras ilicitudes, desvios e fatos obscuros.

As novas modalidades de contratações e de concessões, introduzidas na legislação em períodos mais recentes com o objetivo de desburocratizar, modernizar e tornar mais ágil a

gestão pública, aumentaram a celeridade do processo de contratação, mas acabam por oferecer maiores facilidades para que os titulares da administração pública que têm o objetivo de burlar a lei e desviar recursos públicos em prol de si mesmo ou de terceiros.

2.6 - Políticas de prevenção de crimes de fraudes a licitações

Para combater essas situações de fraude a licitação que ocorrem rotineiramente, os órgãos de controle da administração pública deveriam se aprimorar, técnica e administrativamente, para alcançarem um eficaz controle da ampla legalidade de todos os procedimentos envolvidos numa negociação pública. Mas nem sempre um negócio público, efetuado de maneira totalmente legal, significa que estará imune ao desvio de dinheiro público.

Primeiramente, há que se pensar numa política de educação e conscientização de toda a sociedade, no sentido de que a corrupção é um câncer que mina e adoece as entranhas do país.

Deveria ser lançada, mesmo que tarde, porém um dia, uma estratégia de divulgação dos prejuízos causados por estas fraudes, com amplo e entendimento popular.

Não se deve esquecer que o próprio povo brasileiro chega a achar normal o enriquecimento ilícito do administrador público, pensando que, se estivesse no mesmo lugar, faria a mesma coisa. E pior, ainda oferece seu voto novamente para aqueles que, comprovadamente, manipularam desonestamente o dinheiro público em benefício de particulares seja para si ou para terceiros.

A cada eleição, acontecida de dois em dois anos, nota-se a movimentação ativa daqueles mesmos atores criminosos, que de vez em quando são denunciados pela mídia, sofre algum inquérito ou processo que não resultam em nada e acabam voltando ao poder de gerir o dinheiro público, que acaba passando para as mãos de particulares.

O Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas, Prefeituras, enfim todos os espaços estão plenos dessas figuras, atuando em quadrilha e postados em cargos estratégicos, seja diretamente ou por meio dos seus secretários, encarregados de buscar o dinheiro dos contratos nos entes públicos, visando sempre o enriquecimento do dinheiro a ser destinado as atividades inerentes a sociedade.

Falando em contratos, também não se pode esquecer que, mesmo uma licitação administrada por uma comissão de licitação honesta, tendo se transcorrido num ambiente competitivo e transparente, e gerando o melhor negócio para a administração Pública, vai dar origem a um contrato meramente licito.

Assim o ilustre doutrinador Marçal Justen Filho faz uma composição de como se organiza esses criminosos.

“Pressupõe que o contrato vai ter um gestor. E este gestor vai estar subordinado a um diretor, que por sua vez foi içado ao posto por uma indicação de um partido político, cujos mandantes estarão à espera do pagamento da propina pela indicação. Eles consideram que todo contrato tem que gerar uma sobra financeira. É uma cadeia hierárquica de corrupção passiva. O poderoso que indicou o ocupante do cargo se acha no direito da parte do leão, porque ele tem o poder de indicar. O indicado leva sua parte pela função que exerce e pelo poder da assinatura do contrato. E o gestor, responsável pelo achaque, ou nova parceria em aditivos contratuais fajutos com o contratado, também se julga no direito de levar a sua parte. Não haverá dinheiro suficiente para pagar as propinas e ainda executar o contrato. Por isso que eles nunca se saciam e os objetos contratuais desses casos não são cumpridos integralmente”. (JUSTEN FILHO, 2009, p.297)

Em paralelo com a conscientização da população e, de alguma forma, não dependendo dos políticos do Poder Legislativo, Executivo, e Poder Judiciário às normas vigentes, extremamente favoráveis aos delinquentes, deveriam ser construídas condições de julgamento e penalização mais céleres e efetivas.

Pensar que administradores corruptos vão morrer milionários com contas em bancos nos chamados paraísos fiscais, porque mesmo sendo condenados em primeira instância, conseguem arrastar seus processos até o final da vida, é realmente inaceitável.

É o momento de arquitetar uma nova concepção e estrutura para a situação reinante no país. E é isso que todos devem fazer, mesmo que em longo prazo. A sociedade é o principal objeto desse árduo caminho contras as fraudes, que ocorrem rotineiramente nos órgãos públicos.

Pois a sociedade tem o direito de participar ativamente de todos os atos da administração pública tendo conhecimento e fiscalizando, e forma a perceber algo errado representar perante a órgãos fiscalizadores do dinheiro público para que as devidas providencias sejam tomadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se com este trabalho, que é de relevância importância a sociedade, pois este esclarece de forma clara e sucinta a importância da licitação, que tenta de forma organizada e dentro dos parâmetros legais, proporcionar que o gasto do dinheiro publico não seja objeto de fraude, com os serviços e obras de fundamental importância para a União, Estados e Municípios que são prestados por empresas e empresários que firmam contrato com a administração pública.

No primeiro capítulo fez-se necessário abordar todos os aspectos gerais da licitação, é ficou claro que a licitação tem a obrigação de selecionar sempre a proposta mais vantajosa, esta é escolhida entre os interessados a licitar que por lei devem ter as mesmas igualdades e vantagens entre seus concorrentes, não podendo assim algum licitante ser favorecido, que resulta de anulação da licitação.

Mostra-nos também que a licitação é todo um processo, sendo que deve rigorosamente seguir os passos que a lei determina, para que desta forma haja uma verdadeira concorrência, que é a finalidade da licitação para um bem comum entre os licitantes, e por parte da administração a contratação mais vantajosa.

Já no segundo capítulo, o estudo foi direcionado para as fraudes que o processo licitatório está sujeito, e poder ser elas, licitação dirigida, apresentação de documentos falsos na habilitação do certame, desvio de verba, violação de propostas declarações falsas de certidões, dispensa de licitação indevida, favorecimento de pessoas ou empresas, casos falsos como sendo emergenciais, superfaturamento de preços, exigências no edital em grau maior ou menor do que o necessário.

Essas condutas citadas estão todas tipificadas nos artigos 89 ao 99 da Lei 8.666/93, onde discriminam e impõem sanções para os sujeitos que cometes as condutas delituosas descritas. Com isso processo licitatório na administração pública se encontra em evidência hoje em dia, isso se dá pelas inúmeras fraudes que acontece em vários processos licitatórios,

sendo este mais um objeto utilizado para a prática de corrupção pelos titulares da administração pública.

A fraude em licitações a cada dia que se passa acarreta maior perplexidade junto à sociedade, sendo alvo de um sentimento de impunidade, ante a divulgação de grandes esquemas de corrupção no âmbito da administração pública e a reduzida punição dos responsáveis.

A fraude aos processos licitatórios vem aumentando freqüentemente, muitos doutrinadores abordam que, as fraudes em muitos casos se da pela complexidade e morosidade que a lei imprime no procedimento licitatório, ora, e se não houvesse nenhum tipo de regulamentação, seria no entanto, este procedimento um alvo mais fácil ainda de se cometer fraudes.

Fraudar implica na prática de atos comissivos, que buscam dissimular a lisura do procedimento licitatório ou a execução do contrato firmado que, como já mencionamos, causa prejuízo financeiro ao erário público, e também, diversos impactos negativos à sociedade, que por conseqüência, cada dia acaba sendo mais lesada nas áreas de saúde, educação, assistência social, transporte e dentre outras.

Com a situação alarmante que se encontra até parece que não haverá solução, mas algumas providências ainda podem ser tomadas.

Essas providências podem ser internas e externas e também oriundas dos próprios entes privados os que, num entendimento inicial, seriam agentes ativos dos delitos de fraude a licitação.

Podem ainda elas ser jurídicas e legais como algumas já existentes, a exemplo das criações de novas modalidades de competição, e também podem ser derivadas de monitoramento e denúncias por parte da própria sociedade. Sendo que a sociedade pode ser o principal objeto para uma radical mudança acerca destas inúmeras fraudes, para extrema diminuição.

Vislumbra-se portanto, que o processo licitatório apenas de não ser tão eficaz como prevê ainda poder ser mudado para que a corrupção na administração pública seja diminuída, mais isso depende extremamente que a sociedade se conscientize e lute por isso.

BIBLIOGRAFIA

GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo..15.ed. Atualizado por Fabricio Motta São Paulo: Editora Saraiva.2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro.35.ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Delcio Balestero Aleixo, Jose Emmanuel Burle Filho. Malheiros Editores.2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo.22.ed. São Paulo. Editora Atlas.2009.

LEI FEDERAL Nº 8.666/93. Vade Mecum/obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Luis Roberto Curia, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes.- 12.ed.atual. e ampl. – São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23.ed. rev., amp. e atualizada até 31/12/2009. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2010.

LEI COMPLEMENTAR Nº 101/2000. Vade Mecum/obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Luis Roberto Curia, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes.-12.ed.atual. e ampl. – São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Licitação e Contratos: orientações básicas. 2.ed. Brasília. TCU, Secretária de Controle Interno. 2003.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 14ª ed. Rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários a lei de licitações e contratos Administrativos.13ª ed. São Paulo. Editora Dialética, 2009.