

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR FRAUDE EM LICITAÇÕES: NÚMERO DE CASOS DE CARTEIS NO CADE ENTRE 2016 E 2021

VINICIUS VANDERLEY DOS SANTOS:
bacharel em direito pela Universidade
Federal do Tocantins - UFT¹

SUYENE MONTEIRO DA ROCHA²

(orientadora)

RESUMO: Esse estudo analisa a questão da improbidade administrativa por fraudes em licitações, delimitando-se a investigar o número de casos de cartéis encontrados no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, entre os anos de 2016 e 2021, a partir da comparação de dois triênios (2016-2018 e 2019-2021). Como objetivo central buscou-se verificar o quantitativo de casos ao longo de 6 anos e o cenário de ocorrências, com olhar convergente às mudanças implementadas pela reforma à legislação de improbidade administrativa (Lei 14.230 de 2021). Para tanto, esse estudo se alicerça para desenvolvimento metodológico nas técnicas bibliográfica e documental, em uma perspectiva qualiquantitativa, uma vez que debruça análise em dados coletados no sítio do CADE. Como resultados, verificou-se que o triênio 2016-2018 apresentou 267 casos, enquanto que o período de 2019-2021 registrou 241 casos. A partir dos dados é possível inferir que os casos não variaram em relação à nova lei de improbidade administrativa, mas que já apresentavam certa variação normal, ano a ano, antes dela, e continuaram apresentando depois de sua aprovação.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Fraude em Licitações. Registros de Cartéis no CADE.

ADMINISTRATIVE IMPROBITY FOR FRAUD IN BIDDING: NUMBER OF CARTEL CASES AT CADE BETWEEN 2016 AND 2021

ABSTRACT: *This study analyzes the issue of administrative improbity due to fraud in bids, limiting itself to investigating the number of cases of cartels found in the Administrative Council for Economic Defense - CADE, between the years 2016 and 2021, based on the comparison of two trienniums (2016-2018 and 2019-2021). As a central objective, we sought to verify the number of cases over 6 years and the*

¹ Contato: viniciusvanderlei8@hotmail.com

² Doutora em Biodiversidade e Biotecnologia - BIONORTE/UFAM. Mestre em Ciências do Ambiente - UFT. Professora Adjunta no curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins. Coordenadora do grupo de pesquisa CNPq: Políticas Públicas Ambientais e Sustentabilidade. Coordenadora da Grupo de Extensão: Direitos, Meio Ambiente e Sociedade: Diálogos interdisciplinares. Professora do Mestrado em Administração Pública – PROFIAP. E-mail: suyenerocha@uft.edu.br.

scenario of occurrences, with a convergent look at the changes implemented by the reform of the legislation on administrative improbity (Law 14,230 of 2021). Therefore, this study is based on methodological development in bibliographic and documentary techniques, in a qualitative and quantitative perspective, since it analyzes data collected on the CADE website. As a result, it was found that the 2016-2018 triennium had 267 cases, while the 2019-2021 period had 241 cases. From the data, it is possible to infer that the cases did not vary in relation to the new law of administrative improbity, but that they already presented a certain normal variation, year to year, before it, and continued to present after its approval.

Keywords: *Administrative Improbity. Fraud in Tenders. Cartel registrations with CADE.*

1 INTRODUÇÃO

A improbidade administrativa tem estado em voga nos últimos anos, especialmente a partir do processo que levou ao processo de impeachment da presidente Dilma Rousseff, em 2016, assim como por conta de mudanças na Legislação que disciplina essa prática, tida como uma infração cível. Por isso, é preciso que estudiosos de diversas áreas, como os do Direito, estudem a questão por diversos ângulos, como é o caso deste estudo que procura pensar a questão da improbidade administrativa por fraudes em licitações, especialmente aquelas oriundas da prática do cartel.

Assim, este artigo tem como tema como objeto central de estudo a improbidade administrativa, delimitando-se a analisar os atos de improbidades resultantes das fraudes por cartel em licitações, a partir do seguinte problema de pesquisa: “os casos de fraude em licitações por formação de cartel, apurados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, no período de 2016 a 2021, têm diminuído ou aumentado, após as mudanças implementadas pela reforma à legislação de improbidade administrativa- Lei 14.230 de 2021?”.

Esse tema ocupa um lugar de destaque, pois a questão da corrupção no setor público é tema recorrente no país, principalmente após os grandes escândalos de corrupção que vieram à tona nas últimas décadas. Sendo que, de acordo com a Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro - AMPERJ (2021), cresce, ano a ano, os casos de processos por improbidade administrativa protocolados na justiça. Uma questão que precisa ser melhor compreendida, em suas especificidades.

Para responder às questões levantadas, essa pesquisa utilizou como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica e documental, sendo uma pesquisa dedutiva e qualitativa. Para tanto, foram pesquisadas fontes nas plataformas Google Acadêmico, SCIELO e CAPES, priorizando-se estudos em língua portuguesa dos últimos 10 anos. Excetuando citações de legislações, que muitas vezes são anteriores a esse período, mas que são necessárias para compreensão do objeto central do estudo. A pesquisa

se caracteriza como um estudo de caso, com recorte temporal, para tal, realizou um levantamento de quantos casos de fraudes em licitações por cartel foram encontrados no âmbito do CADE entre os anos de 2016 a 2021, um lapso temporal que se mostrou pertinente por considerar o período de vigência da antiga e da entrada em vigor da nova legislação de improbidade administrativa.

Diante disso, buscou-se compreender o que é improbidade administrativa e fraudes em licitações por prática de cartel, verificando se a nova legislação tem impactado em uma diminuição dos casos registrados no CADE.

Assim, inicialmente realizou-se uma análise descritiva e analítica entre a antiga e nova lei de licitações, necessária para a compreensão de todo o período aqui analisado (2016 a 2021). Em um segundo momento, realizou-se a caracterização das licitações públicas, suas etapas, fases e necessidades jurídicas. Por fim, fundamental se mostrou a compreensão do que são os cartéis, para então, analisar o número de casos de fraudes em licitações por cartéis registrados no CADE, entre 2016 e 2021.

2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DA ANTIGA PARA A NOVA LEI

Antes de pensar a questão específica da improbidade administrativa por fraudes em licitações, a partir de formação de cartel, é preciso conceituar, em separado, os temas jurídicos da improbidade administrativa e das licitações e suas fraudes. Para tanto, é preciso iniciar com a análise da antiga Lei de Improbidade administrativa, Brasil (1992) e a nova lei, implementada em 2021, Brasil (2021). Ambos as leis são importantes para esse estudo porque fazem parte do período analisado nos arquivos do CADE (2016 a 2021), e porque esse estudo procura verificar justamente se essa nova Lei já demonstra impactos positivos nesse tipo de fraude licitatória.

Essa nova alteração da legislação de Improbidade Administrativa foi sancionada pelo Presidente da República, Jair Bolsonaro, no ano de 2021 (BRASIL, 2021), disciplinando as punições aos agentes públicos e agentes políticos em práticas de enriquecimento ilícito, danos ao Erário ou outras irregularidades contra a Administração Pública, que atentem contra a probidade administrativa prevista por seus cargos.

Segundo o texto da lei, essa medida viria para trazer uma definição mais clara do que é improbidade administrativa, explicitando o sistema de responsabilização por atos de improbidade, de forma a assegurar a integridade do patrimônio público e social. No entanto, ela estabelece que os atos de improbidade dependem de condutas dolosas, ou seja, só poderá ser atribuído do gestor que praticar esses desvios de forma livre e consciente. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa deixa de prever punições para atos culposos de improbidade, praticados sem a intenção de cometer o ilícito (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2021).

Outra mudança trazida pelo texto foi a inclusão do agente político como sujeito dos atos de improbidade, passíveis de serem sancionados nos termos da Lei nº 8.429, de 1992.

Além destes, são abarcados pela Lei o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função, ou àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade, o que inclui pessoas físicas e pessoas jurídicas. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2021, [s/d], [s/p]).

Além dessas mudanças, a proposição institui que o MP poderá pedir o pacto de não persecução civil, desde que o agente acusado de improbidade administrativa ressarça integralmente os valores ou reponha o dano cometido. Sendo que para esse pacto devem ser levadas em consideração também a personalidade do agente, a natureza do crime, suas circunstâncias, gravidade e repercussão social (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2021).

Diante disso, é importante analisar questões específicas de improbidade administrativa, para verificar as diferentes nuances desse tipo de ato ilegal, e as possibilidades e abrangências da legislação brasileira para coibir e punir esses atos. Como é o caso da questão específica da improbidade por fraudes em licitações analisada neste estudo.

Gajardoni et al. (2021), define esse ato como uma ação ilegal e contrária aos princípios básicos da Administração Pública, cometida por agentes públicos durante o exercício de sua função. No entanto, mesmo pessoas que não estejam em funções públicas, mas que participem nessas ações ilegais, podem estar sujeitas às penalidades previstas na Constituição Federal e em legislação própria (Lei 8429/92).

Marques et al. (2017), no entanto, dizem que a definição de improbidade administrativa no Direito brasileiro é complexa, podendo ser vista a partir de três principais correntes: a primeira professa que os efeitos desse tipo de crime são de natureza administrativa e patrimonial, por isso são de natureza apenas cível; a segunda posição defende que a improbidade administrativa está, na verdade, inclusa no Direito Penal, devendo assim ser considerada; já a terceira visão aponta para uma postura mais eclética, afirmando que a natureza desse crime dependerá da autoridade que dela se valha, podendo ser da natureza dos crimes políticos, de responsabilidade ou de responsabilidade patrimonial e administrativa.

Essa dificuldade não se dá necessariamente por uma falta de legislações que caracterizem esse tipo de crime, pois a própria Constituição Federal de 1988 (BRASIL,

1988), afirma a possibilidade de punição legal para os atos de improbidade: “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” (BRASIL, 1988) .

Além disso, em 1992 foi criada legislação própria para esse tipo de ação ilegal, a Lei 8429/92, também conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, propõe três tipos de atos ilegais que configuram improbidade: (1) enriquecimento ilícito dos agentes públicos ou pessoas físicas e jurídicas (Art. 9); (2) lesão ao patrimônio público (Art. 10); e (3) atentado contra os princípios da Administração Pública (Art.11) (BRASIL, 1992).

Gajardoni et al. (2021) explicam ainda que esses princípios da Administração Pública, a que a Lei 8429/92 se refere são: (1) a legalidade, ou seja, a necessidade de se cumprir a lei; (2) a impessoalidade, que se refere a necessidade de oferecer tratamento igualitário para todas as pessoas, baseando-se na Constituição Federal (BRASIL, 1988, art.5) que estabelece que “todos são iguais perante a lei”; (3) o conceito da moralidade, que obriga agentes públicos a serem sempre éticos; (4) o princípio da publicidade, que determina que todo agente público deve prestar contas à população, abrindo todos os dados para consulta; e, por fim (5) o princípio da eficiência, que diz que deve-se buscar sempre a melhor gestão dos recursos e serviços públicos.

Dall Pozzo e Oliveira (2022), por sua vez, estabelecem que na Lei brasileira há cinco tipos de improbidade previstas: (1) a improbidade trabalhista; (2) a Improbidade Administrativa, ou Político-Administrativa; (3) a improbidade disciplinar; (4) a improbidade penal; e (5) a improbidade civil ou administrativa. Classificações esses que, ainda segundo o autor, podem dificultar a caracterização dos atos de improbidade administrativa e sua punição, pois muitas vezes é difícil enquadrar um ato ilegal em uma dessas classificações.

Além disso, Dall Pozzo e Oliveira (2022) afirmam ainda que a Lei de Improbidade Administrativa não possui natureza penal, por isso ela deixa em aberto para que o legislador crie figuras típicas penais, hora imputando aos culpados ações cíveis, hora ações penais. Uma questão que também está ligada às dificuldades de definição e de punição desse tipo de ato ilegal no Brasil, pois as legislações são demasiadamente genéricas e abrem brechas legais.

A diferença entre esses dois tipos de ação foi definida pela desembargadora federal Sílvia Goraieb, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em um processo de pedido de suspensão de Ação Civil Pública de improbidade administrativa movida contra os réus acusados na Operação Rodin. Nesta decisão a desembargadora afirma que:

[...] o objetivo de uma e de outra ação são diferentes. Enquanto na Ação Penal visa-se à apuração das condutas tipificadas como crime, na Ação Civil Pública por improbidade administrativa busca-se a aplicação de sanções outras que não as tipificadas no Código Penal. (BRASIL, TRF, 4º JURISDIÇÃO, 2011, p.3).

Esse exemplo demonstra que há uma dificuldade para os legisladores brasileiros identificarem, categorizarem e julgarem de modo uniforme os crimes de improbidade Administrativa, que muitas vezes acabam recebendo apenas sanções administrativas, outras acarretam em ações penais. Haja vista que muitas vezes esses atos de improbidade estão envoltos em questões políticas, esses instrumentos legais deveriam ser mais claros acerca da natureza do crime e de suas punições.

Marques (2017) é outros dos autores que afirma existir uma dificuldade em se caracterizar os atos de improbidade administrativa no Brasil, e puni-los corretamente. Para o autor, mesmo com a Lei da Improbidade Administrativa, que visava diminuir essas dificuldades, há ainda a necessidade de procedimentos mais eficientes e adequados para apurar e punir efetivamente a ocorrência de atos ímprobos na administração pública, racionalizando a aplicação das penalidades previstas na referida lei.

Porém esse ponto de vista não é unânime, Sá (2021), por exemplo, afirma que a Lei da Improbidade Administrativa é bastante eficiente e que ela garante a possibilidade de ação civil pública contra os mais diversos atos de improbidade administrativa, previsto em lei, servindo como um importante instrumento de concretização do direito fundamental ao combate à corrupção no país.

Para a autora, a Lei nº 8.429/92 institui norma de direito material e processual com fim específico de punir, na esfera cível *lato sensu*, aqueles que praticam improbidade administrativa, sem afastar os aspectos penais incidentes, de acordo com o princípio da legalidade, sobre ações consideradas ilícitas cometidas pelo mesmo agente.

Diante disso, não seria possível que essa Lei adquirisse um caráter criminal para aplicação de suas sanções, porquanto o próprio legislador, no âmbito de sua soberana discricionariedade, previu o veículo da ação civil da improbidade para imposição das consequências jurídicas decorrentes dos atos da improbidade administrativa (SÁ, 2021).

Portanto, há suficientes ferramentas jurídicas no país para o combate, a caracterização e a punição dos crimes de improbidade administrativa, sejam qual for o seu tipo, motivação ou efeito. (SÁ, 2021) Lembrando ainda que após a definição desse crime na Constituição de 1988, logo no ano de 1992, foi promulgada a primeira legislação específica a tratar da improbidade administrativa no Brasil, a Lei nº 8.429,

que discorre sobre as “sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional” (BRASIL, 1992).

No Art. 1º da referida Lei, fica estabelecido que os atos de improbidade praticados por qualquer funcionário público, seja ele servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer um dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios, ou de empresas incorporadas ao patrimônio público, serão punidos (BRASIL, 1992).

Essa Lei dispõe que são atos de improbidade administrativa todos aqueles que atentem contra os princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, bem como, bem como aqueles que atentem contra o erário ou gerem enriquecimento ilícito.

Quando à improbidade administrativa por atentado aos princípios da administração pública, ela se dará por:

VII – revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII – descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;

(BRASIL, 1992, Art.11).

Ainda que a improbidade administrativa por atentado aos princípios da administração pública não fale explicitamente dos casos de fraudes em licitações, elas podem ser subentendidas pelos itens VII e VIII , pois essas fraudes se dão, geralmente, por divulgar informação privilegiada aos concorrentes do certame, influenciando em políticas econômicas que afetam preços de mercadorias (Item VII), e porque essas fraudes descumprem as normas de celebração de contratos que afetam as contas públicas (Item VIII).

No entanto, pensando especificamente nessa questão das fraudes em licitações, assunto a ser melhor discutido no final deste artigo, a Lei de Improbidade Administrativa tem outros termos que caracterizariam melhor esse crime. Isso porque além de categorizar a Improbidade administrativa por atentado contra os princípios da administração pública, ela também categoriza a improbidade administrativa como fruto do enriquecimento ilícito, e como decorrência de prejuízos causados ao erário. Ou seja, pensando na questão específica da fraude em licitações, no tocante ao enriquecimento ilícito podem ser citados os seguintes parágrafos da Lei:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I – receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

[...]

IX – perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza.

(BRASIL, 1992, Art. 9,)

No tocando aos crimes de dano ao erário, ele também é considerado improbidade administrativa, sendo o prejuízo aplicado à Fazenda, aos cofres públicos e ao tesouro nacional, por ação ou omissão de agente público. Sendo que esse crime é caracterizado por, dentre outras coisas:

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei;

XVI – facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou

jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XIX – frustrar a licitude de processo seletivo para celebração de parcerias da administração pública com entidades privadas ou dispensá-lo indevidamente;

(BRASIL, 1992, Art. 10, online)

No entanto, ainda de acordo com Marques et al. (2017), apesar desses dispositivos que caracterizam a improbidade administrativa no Direito brasileiro, a sua comprovação prática é difícil. Daí as grandes batalhas jurídicas travadas contra políticos na atualidade para se safarem das acusações de improbidade administrativa lhes atribuída.

Dipp e Carneiro (2019), concordam com essa dificuldade, afirmando que a Lei de Improbidade Administrativa ao invés de coibir o crime efetivo de gravidade, pode ser utilizado de forma política para punir atos administrativos ilegais de menor gravidade ou mesmo realizados sem má-fé. Pois a lei acaba por generalizar a questão, além de ser muito ampla, o que pode ser usado tanto a favor de réus que cometeram atos mais graves, quanto para punir severamente atos menores, como, por exemplo, mostra a jurisprudência de condenações por improbidade que envolvem o mero atraso na entrega de prestação de contas, ainda que posteriormente aprovadas pelo órgão competente.

Diante dessas mudanças, da antiga para a nova lei de improbidade administrativa, é importante analisar questões específicas dentro dessa prática, para verificar as diferentes nuances desse tipo de ato ilegal, e as possibilidades e abrangências da legislação brasileira para coibir e punir esses atos. Como é o caso da questão específica da improbidade por fraudes em licitações.

3 LICITAÇÕES PÚBLICAS

Garcia e Ribeiro (2012), explicam que o processo de licitação é um procedimento administrativo utilizado para a contratação dos mais diversos tipos de serviço e compra de produtos úteis para a administração pública, por preços a ela vantajosos, sempre se valendo dos princípios da economicidade (art. 70 da CF/88) e da eficiência (art. 37 da CF/88).

Para garantir esses princípios, todo processo licitatório deve obedecer ainda aos princípios da isonomia e da competitividade, afastando quaisquer tentativas de se obter privilégios aos licitantes, e assegurando que a compra final será vantajosa

para a Administração Pública, do ponto de vista do preço e da qualidade do produto ou serviço adquirido (GARCIA; RIBEIRO, 2012).

Pela definição de Silva e Ralhas (2010), um processo licitatório é aquele onde vigora um procedimento democrático e justo para a contratação, pelo poder público, de produtos ou serviços do setor privado, sempre baseado nos princípios constitucionais de isonomia, e sempre selecionando a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em várias frentes, e não apenas na questão econômica.

Desse modo, a licitação é um procedimento administrativo através do qual a entidade pública abre um processo de busca de fornecedores, de produtos ou serviços, a todos os interessados que estejam de acordo com as regras previamente estabelecidas no documento convocatório, sempre oferecendo a essas empresas concorrentes a garantia de igualdade de condições. Neste processo, cada empresa concorrente pode formular propostas à administração pública que deverá necessariamente escolher entre a mais conveniente e vantajosa (SILVA; RALHAS, 2010).

Como esse é um processo complexo e que envolve uma série de interesses conflitantes, e grande brecha à corrupção, os órgãos públicos devem garantir a lisura do processo através de uma série de atividades de auditoria e controles governamentais. Bem como é importante que o Governo Federal mantenha uma série de dispositivos legais e institucionais de controle dessas atividades, tal como a Polícia Federal e seus órgãos associados (SILVA; RALHAS, 2010).

Assim, para a realizar as licitações há uma série de regras e serem seguidas, entre elas está a necessidade de que os produtos e serviços adquiridos pela administração pública sejam não somente mais baratos, mas cumpram com outros requisitos de qualidade e até mesmo outras necessidades do Estado. Por exemplo, existem atualmente legislações que visam oferecer tratamentos diferenciados para micro e pequenas empresas, visando suprir outras carências políticas e econômicas. Uma dessas legislações é a Lei Complementar nº 123/2006, que visa incentivar empresas de pequeno porte para ampliar a formação de emprego e o desenvolvimento socioeconômico (BRASIL, 2006).

No entanto, a antiga lei de licitações era a Lei 8.666, de 1993 (BRASIL, 1993), que passou por alterações no ano de 2021, a partir da Lei 14.133 (BRASIL, 2021). Essa nova Lei de Licitações estabelece as normas gerais de licitação para contratação de serviços e compra de produtos para as administrações públicas diretas, para as autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No documento da Secretaria de Gestão sobre essa mudança na Lei das Licitações, Brasil (2022), afirma-se que ela fará com que toda a contratação pública

seja revista nos próximos anos, revolucionando a questão e acabando com muitas possibilidades de fraudes. No entanto, para isso, é preciso aguardar a regulamentação da Lei nº 14.133/21 que, em 2023, passará a vigor como a única Lei Geral de Licitações do País.

Essa nova lei não revoga a anterior, e ambas permanecem válidas por um período de dois anos. Até lá, fica a critério da administração pública escolher se abrirá processos licitatórios baseados em na lei antiga ou na nova. Como mudanças, entretanto, o novo regulamento prevê cinco modalidades de licitação: (1) concorrência; (2) concurso; (3) pregão; (4) leilão; e (5) diálogo competitivo (BRASIL, 2021).

Aumentou-se também o valor mínimo para o qual não é necessária abrir processo licitatório. Passando de 33 mil para as obras e serviços na lei antiga (BRASIL, 1993), para 100 mil na nova Lei (BRASIL, 2021); e passando de 17 mil para compras e outros serviços, na antiga lei (BRASIL, 1993), para 50 mil na nova Lei (BRASIL, 2021).

Houveram também alterações nos prazos de divulgação, que foram aumentados na nova lei, e também nos períodos de vigência dos contratos. No entanto, apesar dessas mudanças, algumas coisas permanecem, como a exigência de que se respeite os princípios da administração pública, e os princípios da isonomia e da competitividade.

Quando se fala de isonomia e igualdade de direitos nos processos licitatórios, é preciso ter em mente que há dispositivos de Estado que aparentemente criam uma certa “desigualdade”, para na realidade efetivar a igualdade de condições. Essa “desigualdade”, ou seja, essa aparente “vantagem” dada para as micro e pequenas empresas desde 2006, por exemplo, visa corrigir uma desvantagem do mercado e da sociedade capitalista contemporânea, onde as grandes empresas conseguem uma série de vantagens, tal como redução nos custos de matérias primas adquiridas em grandes quantidades, e etc. (GARCIA; RIBEIRO, 2012).

Segundo Calasans (2021), para que um processo de licitação seja realizado nos conformes, de acordo com as leis que lhe determinam, devem ser seguidos alguns passos, sendo que esses passos podem ser divididos em dois momentos: a fase interna, e a fase externa. Onde a interna passa pela formulação do projeto, orçamento, elaboração do edital e etc., enquanto a fase externa parte da análise das propostas, julgamento e adjudicação (ou seja, escolha do concorrente ganhador do processo licitatório). Conforme pode ser observado no Quadro 1.

Quadro 1 – Fases do processo de Licitação

FASE INTERNA DAS LICITAÇÕES							
Projeto básico	Orçamento	Previsão de recursos	Escolha da modalidade	Designação da	Verificar se o produto	Elaboração da	Análise e aprovação

aprovado e tornado público	detalhado	orçamentários	de e do tipo da licitação	comissão de licitação, ou responsável legal pelo processo	está contemplado no PPA, se for o caso	Minuta do Edital	da assessoria jurídica
FASE EXTERNA DAS LICITAÇÕES							
Publicação do aviso do edital ou convite público	Direito de impugnação do processo licitatório, se for o caso		Habilitação dos licitantes, se for o caso	Julgamento da comissão de licitação	Homologação	Adjudicação	

Fonte: Autoria própria a partir de em Brasil (2021) e Calasans (2021)

Seguir os passos descritos no Quadro 1 é importante, pois garante a legalidade e a lisura do processo. Porém, analisando todas essas etapas também é possível verificar o quanto o processo licitatório é complexo, abrindo brechas para muitas fraudes e erros, propositais ou não. Daí a necessidade de que cada caso de suspeita de fraude em licitação pública seja investigado separadamente, para se evitem as injustiças e falsas acusações.

Porém, analisando todas essas etapas também é possível verificar o quanto o processo licitatório é complexo, abrindo brechas para muitas fraudes e erros, propositais ou não. Daí a necessidade de que cada caso de suspeita de fraude em licitação pública seja investigado separadamente, para se evitem as injustiças e falsas acusações.

4 FRAUDES EM LICITAÇÕES E O CARTEL

Sobre os principais tipos de fraude nos processos de licitação, Di Pietro (2022) diz que os esquemas ilícitos mais comuns nessa área são o de formação de cartel, ou seja, a realização de um acordo implícito ou explícito entre os concorrentes para fixem preços ou quotas de produção, objetivando que cada participante do cartel elimine a concorrência, com o conseqüente aumento de preços e redução de bem-estar para o consumidor.

Nos cartéis é comum a prática dos rodízios de licitações, assim cada participante já sabe prontamente quem deverá ganhar a licitação naquela "rodada", entrando no processo só para forçar os preços e garantir que o "participante da vez" leve a licitação com preços mais vantajosos para ela, e mais altos do que os valores de mercado (DI PIETRO, 2022).

Algumas das instituições públicas responsáveis por coibir esses cartéis são a CGU (Controladoria Geral da União) e o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). A CGU é um órgão central de controle interno que mantém parcerias com outros órgãos, enquanto que o CADE que investiga práticas de cartéis no

âmbito da Administração Pública, tomando as providências cabíveis (SILVA; RALHA, 2010).

Cartéis, segundo o CADE (2019), são resultado do acordo de cooperação entre empresas concorrentes que determinam preços em conjunto para limitar novas concorrências e controlar o mercado em que atuam. Os cartéis prejudicam os consumidores, pois aumentam os preços e restringem a oferta de produtos ou serviços, ou inviabiliza a aquisição deles.

Assim, quando são confirmados casos de processos de licitação envolvendo cartel, a CGU ou a CADE utilizam a antiga lei de licitações (n. 8.666/93), ainda válida, e também a nova lei (n. 14.133/21), para coibir essa prática. Da mesma forma, essas instituições públicas coíbem outros tipos de fraudes em licitações.

Além dos cartéis, bastante comuns nas fraudes de licitações, Filho et al. (2022) citam mais onze tipos de fraudes em licitações, sendo elas: (1) Superfaturamento; (2) Conluio; (3) Processo feito sem licitação ou com empresas inaptas; (4) Contratação de serviços fantasmas; (5) Fraude na elaboração dos documentos de convocação para licitação; (6) Vínculo entre os participantes; (7) Participação de empresas coligadas; (8) Falta de publicidade do certame; (9) Contratação de produtos ou serviços desnecessários; (10) Contrato para acobertar desvios de verba pública; (11) Alterações contratuais indevidas.

Todas elas sendo graves e resultando em cancelamento do certame, bem como em ato ilegal tanto dos agentes públicos proponentes do ato licitatório quanto das pessoas físicas e jurídicas envolvidas na ilegalidade observada. Todos eles podendo responder por ato de improbidade administrativa por fraudes em licitações.

Estudando especificamente a questão da improbidade administrativa por fraude em licitações, Nunes (2016) diz que a grande maioria dessas acusações decorre mesmo da formação de cartéis. Algo que fere frontalmente a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529 de 30/11/2011), e um atentado contra a ordem econômica do país, incidindo nas práticas danosas do monopólio.

Quando esses cartéis são realizados apenas na iniciativa privada, para controle dos preços no mercado privado, ela se configura como um crime penal, porém, quando exercido a partir da cumplicidade com figuras públicas, passa a ser também uma infração administrativa, podendo ser caracterizada como improbidade administrativa. O que não a desenquadra em seu aspecto penal, podendo levar a penas de detenção ou pagamento de multas, além da perda do cargo, mandato ou dos direitos políticos (NUNES, 2016).

Esses cartéis estão previstos na Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529 de 30/11/2011), a qual define crime:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) **preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública** grifo nosso (BRASIL, 2011, s/d, s/p)

Assim, em resumo, quando a prática de cartéis é realizada por empresas privadas para manipular os preços do mercado, eles incorrem em crime contra a concorrência e o livre comércio, praticando monopólio e podendo arcar judicialmente por seus atos, do ponto de vista penal, com detenções e multas. Porém, quando esses cartéis são formados contra a iniciativa privada, com a ajuda de agentes públicos, concursados ou eleitos para cargos políticos, esses incorrem em todos os demais crimes e ainda na improbidade administrativa. Podendo ser presos ou perder seus cargos e direitos políticos.

Além da questão do cartel, a mais comum nas fraudes de licitações contra o setor público, há outras formas de se cometer crimes contra as regras das licitações públicas, como, por exemplo, quando o gestor público dá informações privilegiadas, frauda ou mesmo deixa de realizar contratos ou editais e etc. Neste caso, cometem improbidade administrativa por dano ao erário, como pode ser observado nos processos apurados no CADE.

4.1 Processos contra cartéis em licitações apurados no CADE

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é um órgão federal brasileiro, especificamente uma autarquia, vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, fazendo parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, ao lado da Secretaria de Acompanhamento Econômico. Nesse sistema é possível encontrar todos os processos abertos sobre empresas públicas e privadas que cometem crimes e ações ilegais, no campo da concorrência de mercado. Como no caso das formações de cartel, ou ainda dos cartéis envolvendo licitações públicas, foco deste estudo.

Foram realizadas 3 buscas no sítio do CADE, a primeira, usou filtros de data, para o ano de 2019 (de 01/01/2019 a 31/12/2019), com os termos "fraude em licitação por cartel", e as opções de processos, documentos gerados e documentos externos. A segunda e terceira pesquisas seguiram o mesmo modelo, apenas alterando apenas o período, um deles para cobrir todo o ano de 2020 e outra o ano de 2021.

Após a realização das buscas com os filtros especificados, foram encontradas 85 casos no anos de 2019, 75 casos em 2020 e 81 em 2021, totalizando 241 casos específicos de indicativos de fraude em licitações por cartel no triênio 2019-2021. O Quadro 2 mostra esses números.

Quadro 2 – Número de processos e documentos indicativos de fraude em licitação por cartel (2019 a 2021)

Ano	Número de processo CADE
2019	85
2020	75
2021	81
TOTAL	241

Fonte: Autoria própria a partir dos dados coletados no sítio do CADE

Analisando os números obtidos com a busca, observa-se que não houve um declínio de processo e de documentos indicativos de fraudes em licitações por cartel no período em questão. Entre 2019 e 2020 houve uma queda de 10 casos (11,7%), todavia, essa queda aparente foi recuperada em 2021, quando já voltaram a se somar 81 casos (apenas 4,7% menos casos do que 2019, início do período analisado). Indicando que talvez a nova legislação de improbidade administrativa talvez tão tenha surtido efeito em diminuir os casos de cartéis em fraudes licitórias.

Ainda que o período estabelecido inicialmente para análise neste estudo tenha sido o triênio 2019-2021, como os dados se mostraram inconclusivos, fez-se necessário analisar o triênio anterior (2016-2018), para verificar se a pequena diminuição dos casos já vinha sendo observada antes das alterações legais. Por isso os dois triênios foram analisados em separados, de modo a possibilitarem um comparação mais efetiva. O levantamento do período de 2016 a 2018 pode ser verificado na Quadro 3.

Quadro 3 – Número de processos e documentos indicativos de fraude em licitação por cartel (2016 a 2018)

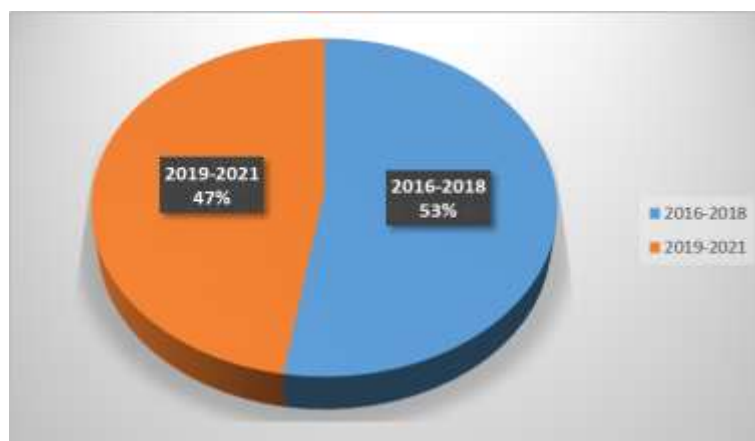
Ano	Número de processo CADE
2016	145
2017	52
2018	70
TOTAL	267

Fonte: Autoria própria a partir dos dados coletados no sítio do CADE

O quadro 3 mostra que o triênio 2016-2018 teve 267 casos, e que o ano de 2016 teve um número muito acima de todos os demais anos analisados.

Como forma de trazer maior clareza aos dados obtidos apresenta-se gráficos 1 e 2, o primeiro traz a comparação entre o número de ocorrências de processos relacionados a cartel no CADE dos triênios 2016-2018 e 2019-2021.

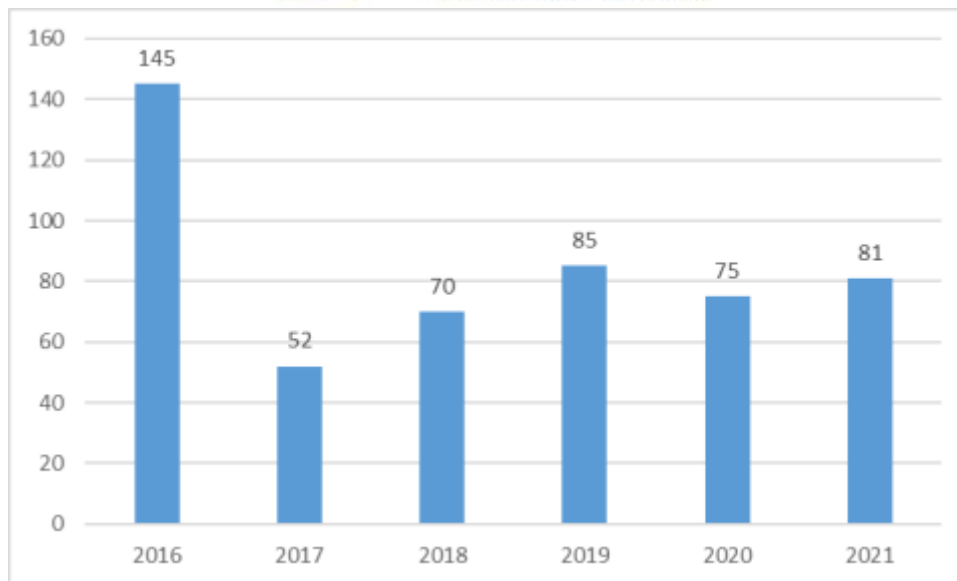
Gráfico 1 – Número de ocorrências ao cartel no CADE (entre 2016-2018 e 2019-2021)



Fonte: Autoria própria a partir dos dados coletados no sítio do CADE

Observando o Gráfico 1, nota-se que a diferença entre os dois períodos (triênio de 2016 a 2018 e de 2019 a 2021) mostra-se pequena. Assim, entre o período posterior e anterior à nova lei de improbidade administrativa, só consta uma diferença de 6%, sendo que ao analisar ano a ano (Gráfico 2) percebe-se que essa variação não se deve a nova lei, pois os valores já foram menores antes dela (em 2017 e 2018), tornando a variar levemente após a lei. O Gráfico 2 mostra a variação ano a ano de 2016 a 2021.

Gráfico 2 – Número de ocorrências ao cartel no CADE (de 2016 a 2021)



Fonte: Autoria própria a partir dos dados coletados no sítio do CADE

No Gráfico 2 é possível observar que não houve uma movimento crescente ou decrescente relativos à nova legislação de improbidade administrativa, já que os números de 2017 e 2018 já haviam caído muito em relação a 2016, sem a nova lei, e que após a nova lei, os números tornaram a praticamente se igualar aos de 2019, antes da nova lei.

Com isso, verifica-se que não há uma tendência de que queda no número de casos de fraude em licitação por cartel, mostrando que ao menos nesse tipo específico de improbidade administrativa a nova lei não coibiu os casos e também não aumentou significativamente os processos, mostrando que teria havido um aumento na fiscalização e punição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prática da improbidade administrativa é atualmente muito debatida por juristas e pela opinião pública em geral, especialmente nos últimos anos, desde o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff por conta dessa prática, e também de outros casos que vieram à tona em uma onda de casos de corrupção política no país. No entanto, essa prática não possuía fácil identificação e punição, pois as Leis que a determinavam eram bastante vagas.

A improbidade administrativa já era apontada superficialmente pela Constituição Federal de 1988, e por uma legislação própria (Lei nº 8.429/92), implementada em 1992. No entanto, nessas legislações ela ainda aparecia de forma bastante vaga e abrangente, não definindo ao certo sequer o caráter administrativo

ou penal da prática. Algo que foi corrigido pela nova Lei da Improbidade Administrativa (Lei 14.230/21).

Todavia, no caso particular da improbidade administrativa por fraude em licitações, foco deste estudo, a definição do crime e sua possibilidade de punição é mais simples, pois existe ainda a Lei específica das Licitações, também atualizada no ano de 2021 (Lei 14.133/21).

Assim, esse estudo procurou analisar de improbidade administrativa decorrentes de fraude em licitação por cartel, um tipo de prática de improbidade administrativa bastante comum, para determinar se essas novas legislações estariam indicando uma possibilidade de queda nessas práticas. Analisando a atuação do órgão CADE, nesse processo. Uma autarquia federal ligada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, e que visa prevenir práticas de cartel ou outras que coloquem a livre concorrência em risco.

Para tanto, esse estudo analisou dados do CADE fraudes em licitações por formação de cartel, observando que os números de casos não parecem ter se alterado consideravelmente após a nova lei de improbidade administrativa, já que os anos de 2019 a 2021 apresentaram mais casos do que em 2017 e 2018, porém muito menos casos do que em 2016. O seja, antes dessa nova lei houveram anos com números maiores (2016 teve 145 casos), e anos com números menores (2020 teve 75 casos). Mostrando que ao menos para a questão dos cartéis em licitações, a nova lei de improbidade administrativa não parece ter demonstrado efeito aparente e importante.

Por isso, esse estudo abre espaço para que novas pesquisas sejam desenvolvidas no sentido de investigar particularmente as estatísticas de casos julgados de improbidade administrativa nos últimos anos, em um período maior antes da nova lei, e também após decorridos alguns anos da nova legislação.

REFERÊNCIAS

AMPERJ. **‘Ministério Público: um retrato’: processos de improbidade cresceram 10% em 2020.** 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11/06/2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11/04/2022.

BRASIL. **LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992 – Lei de Improbidade Administrativa.** 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 15/04/2022.

BRASIL. **LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993 - Antiga lei de licitações.** 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 20/03/2022.

BRASIL. **LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006** - Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em 15/03/2022.

BRASIL. **LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011 - Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.** 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em 15/04/2022.

BRASIL. **LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021 - Nova Lei de licitações e contratos administrativos.** 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em 22/06/2022.

BRASIL. **Contratações Públicas em 2022.** Secretaria de Gestão. 2022. Disponível em: https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/Contrataes_Pblicas_2022.pdf. Acesso em 22/06/2022.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia: combate a carteis em licitações.** 2019. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>. Acesso em 22/06/2022.

CALASANS, José. **Manual da Licitação.** Editora Atlas, 3ª ed., 2021.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito administrativo.** Editora Forense, 35ª edição, 2022.

DIPP, Gilson; CARNEIRO, Rafael Araripe. **A dosimetria das sanções por improbidade administrativa.** 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-19/opinio-dosimetria-sancoes-improbidade-administrativa>. Acesso em 22/04/2022.

FILHO, Vicente Greco; et al. **Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos.** Editora Revista dos Tribunais, 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; et al. **Comentários à nova lei de improbidade administrativa.** Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2021.

GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Licitações públicas sustentáveis.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8836/7629>. Acesso em 03/03/2022.

MARQUES, Mauro Campbell; et al. **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. Editora Forense, 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Presidente Bolsonaro sanciona alterações na Lei de Improbidade Administrativa**. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2021/outubro/presidente-bolsonaro-sanciona-alteracoes-na-lei-de-improbidade-administrativa>. Acesso em 01/05/2022.

NUNES, Daniele de Oliveira. **Carteis em licitações: fronteiras entre a infração à ordem econômica e o ato de improbidade administrativa**. 2016. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/254>. Acesso em 23/04/2022.

DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Lei de Improbidade Administrativa Reformada - Lei 8.429/92 e Lei 14.230/21**. Editora Revista dos Tribunais. 2022.

SÁ, Acácia Regina Soares. **A ação civil pública de improbidade administrativa como instrumento de concretização do direito fundamental ao combate à corrupção**. Revista FADISP, v.15, n.3, 2021. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/302>. Acesso em 21/06/2022.

TRF - Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento nº. 0007349-22.2011.404.0000/RS**. 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-trf-agravo-instrumentos.pdf>. Acesso em 20/04/2022.