

COMPRAS PÚBLICAS E IRREGULARIDADES EM PROCESSO LICITATÓRIO: DO OBJETO GENÉRICO E DA SUPERESTIMATIVA EM SEU QUANTITATIVO

Vinícius Ribeiro de Souza

Promotor de Justiça do Estado do Amazonas.

Pós-graduado em Direito Público.

Pós-graduado em Licitações e Contratos.

Mestre em Direito Ambiental.

PUBLIC PURCHASES AND IRREGULARITIES IN BIDDING PROCESSES: THE GENERIC OBJECT AND THE OVERESTIMATION IN ITS QUANTITY

Sumário: 1 Introdução. 2 Definição do objeto: do genérico à especificação restritiva de mercado. 2.1 Considerações Gerais. 2.2 Das irregularidades específicas na determinação do objeto. 2.2.1 Do objeto genérico. 2.2.2 Reflexão sobre exemplos. 2.2.3 Da demasiada especificação. 2.2.4 Das informações a posteriori da administração pública. 2.3 Da superestimativa do objeto licitado. 2.3.1 Reflexão sobre exemplos. 2.4 Do conjunto de indícios e fraudes em licitações. 3 Conclusão. Referências.

Resumo

Na presente oportunidade analisam-se as irregularidades específicas na descrição do objeto licitado e suas consequências ao certame licitatório. Em específico, aborda-se a problemática da descrição genérica de um item a ser licitado, assim como a sua superestimativa. Ambas as irregularidades podem denotar problemas na competitividade da licitação, desembocando, inexoravelmente, no mínimo, na perda de barganha dos melhores preços na contratação pública, ou, a depender do caso, sobrepreço. O estudo se

desenvolve por meio da verificação da doutrina e jurisprudência que norteiam a temática, verificando as argumentações a respeito das ilegalidades várias que transparecem em processos licitatórios concernentes a objetos genéricos e à superestimativa quantitativa deles. Verifica-se, como resultado, que as indigitadas irregularidades, além de anularem o certame licitatório, podem evidenciar indícios de atos ímprobos ou criminosos relativos à frustração do caráter competitivo de uma licitação, ou apenas a perda da chance de melhor salvaguardar o interesse público no que tange aos preços contratados.

Palavras-chave: licitação; objeto genérico; superestimativa; anulação.

Abstract

This article analyzes specific irregularities in the description of the object of the bid and their consequences for the bidding process. Specifically, it addresses the problem of the generic description of an item to be bid, as well as its overestimation. Both irregularities can indicate problems in the competitiveness of the bidding process, leading inexorably to, at the very least, the loss of bargaining for the best prices in public procurement, or, depending on the case, overpricing. The study is developed by examining the doctrine and case law that guide the subject, verifying the arguments regarding the various illegalities that appear in bidding processes concerning generic objects and the quantitative overestimation of them. As a result, it is found that the irregularities in question, in addition to nullifying the bidding process, may reveal evidence of improper or criminal acts related to the frustration of the competitive nature of a bidding process, or simply the loss of the opportunity to better safeguard the public interest with regard to the contracted prices.

Keywords: *bidding; generic object; overestimation; cancellation.*

1 INTRODUÇÃO

Por sua natureza, o certame licitatório tem por objetivo a competitividade justa entre os participantes. Nesse passo, a construção correta da cadeia de atos administrativos que culminam na publicação do edital licitatório é deveras importante para estabelecer as regras básicas com que o empresariado vai se confrontar ao ter acesso aos documentos iniciais e verificar a possibilidade de participar, em condições de igualdade, do processo da escolha de quem fornecerá determinado bem da vida ao ente público.

Todavia, em diversas oportunidades, a administração pode, por meio de erro ou fraude de seus servidores, frustrar o caráter competitivo da licitação. Tanto na fase interna quanto externa do concurso licitatório, há diversas irregularidades que fulminam a competição, a exemplo da escassa publicidade, conluio entre servidores e empresários, falsificação de documentos relativos à habilitação, jogo de planilha etc.

Porém, em um necessário recorte para o presente artigo científico, o qual possui limitada quantidade de

páginas, há o enfoque relativo à fase interna da licitação, em específico à escolha do bem da vida a ser adquirido pela administração. Este trabalho se debruçará em discutir duas irregularidades notáveis e constantes em procedimentos licitatórios: o objeto genérico e a superestimativa quantitativa dele.

Justifica-se o presente trabalho à medida que a discussão acadêmica a respeito das irregularidades licitatórias resulta na melhor atuação dos órgãos de controle externo, interno, bem como dos próprios servidores responsáveis em construir o processo licitatório.

A problematização, de acordo com o destacado nas linhas anteriores, se encontra na seguinte indagação: quais as consequências em se licitar um objeto genérico ou superestimado em seu quantitativo?

Para a resolução de tal mister, o presente trabalho tem por objetivo analisar diversos exemplos de licitações eivadas com tais vícios, do mesmo modo discutir qual foi o caminho doutrinário e jurisprudencial adotado para o enfrentamento das irregularidades em questão.

É empregada a metodologia referente à pesquisa bibliográfica e documental, verificando-se artigos científicos, livros, dissertações referentes à temática

e jurisprudência do Tribunal de Contas da União, principalmente.

A pesquisa abordará como ocorrem as irregularidades, sem esgotar, por óbvio, suas hipóteses, haja vista que há tanto bens da vida a serem licitados quanto a imaginação humana consegue chegar, bem como as suas consequências e ainda haverá a sugestão de como atuar, em especial de forma preventiva, no labor do Ministério Público.

2 DEFINIÇÃO DO OBJETO: DO GENÉRICO À ESPECIFICAÇÃO RESTRITIVA DE MERCADO

2.1 Considerações Gerais

Em que pese não ser levado muito em consideração na literatura, a definição do objeto, para este signatário, é das tarefas mais importantes e árduas do procedimento preparatório de uma licitação. Além de observar se aquele é de serventia precisa ao interesse público, o administrador tem o dever de defini-lo de forma a observar o princípio da competitividade.

E isso ocorre quando, ao exteriorizar o que se quer licitar, a administração oferta ao empresariado a possibilidade deste ter ciência exata da real intenção

na compra pública, bem como se possui o determinado produto que satisfaça o interesse público.

Niebuhr adverte que

a definição mais importante da etapa preparatória da licitação, qualquer que seja a modalidade, diz respeito às especificações técnicas do seu objeto, que também é objeto do futuro contrato que decorre da licitação (2020, p. 134).

Conforme o doutrinador acima destacado, a descrição do objeto talvez seja a fase mais delicada da licitação, devendo estar embasada em estudos técnicos prévios sólidos – os estudos preliminares – oriundos de consultas com especialistas a respeito do objeto pretendido (2020, p.134).

O empresário, imbuído do espírito republicano e competitivo, ao ter acesso ao edital da licitação e termo de referência, realiza diversas reflexões, a saber: a) eu sei o que realmente a administração está querendo licitar? b) eu tenho um produto que, entre os diversos existentes no mercado, satisfaz o interesse dessa licitação, com as especificações mínimas exigidas? c) eu sei se há outros produtos semelhantes ou iguais no mercado que também satisfaçam e que fazem parte de competições no mercado privado? d) eu tenho condições de ofertar

esse produto de acordo com o preço de mercado? e) e se eu me comprometer a vender tal produto em grandes volumes, posso abater o preço para oferecer a melhor proposta?

A caracterização precisa, completa e adequada do objeto é condição essencial para a validade do processo licitatório, segundo os artigos 14 e 40, inciso I, da antiga Lei de Licitações – Lei n.º 8.666/1993 –, bem como o art. 3.º, inciso II, da Lei n.º 10.520/2002. A nova lei de compras públicas prescreve em seu art. 6.º, XXIII, a), que o termo de referência deve conter a descrição do objeto.

Em uma linha cronológica, primeiramente o administrador revelará e analisará a necessidade pública, por meio do estudo técnico preliminar – documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e oferta base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação.

A partir do estudo técnico preliminar, a descrição do objeto, a qual ocorre na fase preparatória, é realizada por meio de termo de referência, anteprojeto,

projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso, de acordo com o artigo dezoito, inciso segundo, do mencionado diploma legal. Ou seja, a administração revela a necessidade pública por meio do estudo técnico preliminar e, após, define o objeto no termo de referência ou outro documento equivalente, a depender da natureza do objeto licitado.

Porém, conforme bem denotado por André Luiz Freire, há vagueza nos conceitos legais quanto à tarefa de definir o objeto. Por vezes, há afirmações na novel legislação que, dificilmente, alguém refutará. Por exemplo, o autor traz informações embutidas em diversos artigos, a saber: a) “A descrição do objeto não pode representar violação aos princípios aplicáveis às contratações públicas, nem aos direitos fundamentais”; b) “Não é possível fazer exigências que sejam inadequadas e desnecessárias para atender à necessidade pública visada com o objeto”; c) “Não é possível estabelecer condições que frustrem o caráter competitivo do certame”, (conclusões retiradas dos artigos, (art. 5.º, 6.º, XXV, XXX, art. 9.º, I, “b” e “c”, art. 150, art. 6.º, XXV, “c” e “d”, e art. 9.º, I, da Lei de Licitações) (Freire, 2021)

Continua o retromencionado autor ao alertar a existência de uma zona nebulosa a respeito do que

seria lícito constar numa definição de objeto em relação ao campo da ilegalidade. A discricionariedade do administrador ao escolher o objeto não pode significar livre arbítrio para realizar ilegalidade, mas o que seria ilegal? Se o agente não especificar o suficiente o objeto, corre o risco de ser genérico demais. Se elencar em demasia as características, incorre na possível restrição de mercado.

Não há uma solução apriorística descrita detalhadamente no ordenamento jurídico. Apenas o caso concreto, debruçado pelo agente administrativo, revelará o limite da discricionariedade. O que a legislação faz, além da jurisprudência, em especial a do Tribunal de Contas da União, é tecer caminhos, mas nada substituirá o conhecimento do mercado.

Conforme Freire:

Em suma, não existe uma resposta capaz de afastar o dilema que o administrador enfrentará no dia-a-dia das licitações ao avaliar o grau de detalhamento do objeto. A forma que ele possui de mitigar o risco de uma descrição inadequada – isto é, aquela em que o objeto não atenderá a necessidade pública – é, em primeiro lugar, o de estudar bem o mercado do objeto desejado. Em segundo lugar, o agente público deverá justificar de forma clara porque certa escolha pela inclusão (ou não) de dada característica. O que o Poder Público ganha? O que ele perde? Quais são os resultados pretendidos? Em quanto isso aumenta o custo? Há recursos orçamentários capazes de suportar a melhor

solução pretendida pela Administração?

Enfim, a busca por uma justificativa exaustiva para as escolhas realizadas, indicando também por qual razão alternativas concorrentes não foram adotadas, é algo que ajudará os agentes públicos a mitigar o risco de verem suas escolhas questionadas e eventualmente invalidadas por órgãos de controle (2021, p. 14-15).

Para o doutrinador, no intuito de conhecer o mercado, a administração pública pode fazer uso de audiências públicas e do processo de manifestação de interesse. No primeiro caso, os possíveis concorrentes poderão fazer sugestões e transferirem ao conhecimento do gestor detalhes novos de como minutar um edital, construir o termo de referência, ou equivalente, para melhor salvaguardar a disputa do mercado.

De acordo com o art. 81 da nova lei de licitação, a Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.

A respeito da utilidade de tal instrumento, TORRES aduz que, por meio do PMI, que acontecerá em meio aberto, o Poder Público pode se socorrer da iniciativa

privada quando tem dificuldades em definir a pretensão contratual, como ocorre em hipóteses de complexidade ou diversidade de soluções possíveis (2022, p.507).

Na mesma linha são as palavras de Carolina Mota Mourão e Vera Monteiro, que o PMI tem por objetivo

trazer insumos para o gestor público desenhar futura contratação, seja uma encomenda tecnológica, um contrato público de solução inovadora, um contrato comum, decorrente de pregão, ou qualquer outra espécie contratual (precedida ou não de licitação) (2022, p.3).

Aliados à audiência pública e o PMI, Torres invoca a contratação integrada, semiaberta, o diálogo competitivo, remuneração variável e contrato de eficiência como formas da administração pública absorver expertise do mercado outra não detida (2022, p. 508).

Ademais, no PMI, conforme previsão legal, o ente privado autor do projeto poderá participar da licitação decorrente daquele instituto, representando uma quebra de paradigma em relação à legislação geral de licitações anterior, em que pese ter sido prevista, por exemplo, na lei das estatais, o que representa excelente oportunidade do mercado apresentar à administração pública outros pontos que busquem a competição sem o engessamento

inerente à máquina, de forma republicana, aberta, transparente.

De toda sorte, por meio dos diversos meios institucionais, o administrador deve buscar o maior repertório possível de informações para descrever seu objeto de forma clara e precisa, justificando exhaustivamente cada ponto que planejou para que, na posteridade, não haja impugnação ao objeto.

A esse respeito, importante a transcrição da súmula 177 do Tribunal de Contas da União, a qual se refere à necessidade da definição precisa e suficiente do objeto a ser licitado como pressuposto de igualdade e publicidade do certame:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

Conforme bem explanado, fazem parte da especificação do objeto, além das suas características fundamentais, as condições de fornecimento,

envolvendo aspectos como: local e prazo de entrega, frete, condições de pagamento, periodicidade e lote de pedidos, garantia, treinamento, suporte técnico.¹²

2.2 Das irregularidades específicas na determinação do objeto

Nesse passo, adentrando às irregularidades na especificação do objeto a ser licitado, há dois lados da mesma moeda. A descrição genérica do objeto em antagonismo à especificação demasiada do mesmo a ensejar, em ambos os casos, o prejuízo à competitividade da licitação, no mínimo.

Dar-se-á enfoque ao objeto genérico em detrimento da especificação excessiva do item, visto que a doutrina quanto a este último tema é vastíssima, em contraste à escassez relativa àquele.

¹ SANTOS, Franklin Brasil ; SOUZA, Kleberon Roberto de. Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

² Um bom norte está no trecho do julgado TCU (Acórdão 2829/2015-Plenário), no qual destaca-se o seguinte trecho do resumo: “Acrescentou que ‘para mitigar tal risco, é indispensável atentar para a lição contida no Acórdão 2.383/2014-TCU-Plenário, no sentido de que, em licitações para aquisição de equipamentos, havendo no mercado diversos modelos que atendam completamente as necessidades da Administração, deve o órgão licitante identificar um conjunto representativo desses modelos antes de elaborar as especificações técnicas e a cotação de preços, de modo a evitar o direcionamento do certame para modelo específico e a caracterizar a realização de ampla pesquisa de mercado’. Nesse contexto, ressaltou o relator que, no caso em exame, “o Diretor de Gestão da TI do IFMS logrou êxito em esclarecer que modelos de outros fabricantes teriam sido analisados à época da elaboração do termo de referência para a composição da configuração solicitada, sendo que seis fabricantes teriam condições de atender ao que foi especificado para cada item”.

2.2.1 Do objeto genérico

Quando da descrição do item a ser licitado, pode ocorrer de o administrador ser impreciso, não expondo características mínimas e essenciais para a escorreita identificação do bem da vida que se quer adquirir, resultando em apresentação genérica do objeto.

Em relação à descrição genérica de um objeto a ser licitado, acertada a posição de Joel de Menezes Niebuhr ao lecionar as consequências ao erário público quando o administrador define de forma ampla demais o objeto a ser licitado, principalmente com propostas díspares que, aliás, será mais adiante abordada em um exemplo concreto:

(...) Por outro, ela não pode definir o objeto de maneira excessivamente ampla, haja vista que, nesse caso, além de falecerem critérios objetivos para o julgamento da proposta, a própria consecução do interesse público é posta em um segundo plano, em virtude de a Administração Pública ter admitido propostas díspares, por força do que não soube ou não envidou esforços necessários para delimitar, como devido, qual a utilidade que melhor o contempla. E isso porque, se a Administração Pública descreveu o objeto de modo amplo demais, acaba por aceitar soluções díspares, inclusive as que não satisfazem o interesse público. Assim sendo, supõe-se que ela não soube definir bem o que queria e quais as especificidades que pretendia. Por corolário, conclui-se que descurou do interesse público, que demanda ser otimizado. (Niebuhr, 2020, p. 134-135)

No mesmo sentido, o Ministro do Tribunal de Contas da União Marcos Bemquerer Costa, por conta do julgado no Acórdão 79/2010, plenário do TCU, adverte que se a empresa não tem acesso a todos os dados imprescindíveis para a confecção de um orçamento preciso, poderá propor preços baseados em estimativas que, posteriormente, não se mostraram adequados para a realidade do órgão demandante e, por tal cenário, muitas empresas podem não participar de certame licitatório por tal fato, o que reforça a necessidade de uma boa descrição do objeto no amparo ao princípio da competitividade.

A deficiência da caracterização do objeto, conforme Ministro do TCU Valmir Campelo, “poderá acarretar a ampliação da competitividade, entretanto desatende ao interesse público por não possibilitar a compra mais adequada, e o excesso na especificação do objeto restringe a competição” (TCU, Acórdão 975/2009 – Plenário).

O uso concordar em parte da afirmação. Um empresário atento, quando se depara com um objeto extremamente amplo, a exemplo da administração licitar “caneta” pura e simples, sem especificar o material, dimensão, quantitativo, e demais elementos essenciais

e básicos, logo verifica que não terá condições de ofertar qualquer lance justo nesse certame, evitando participar para poupar tempo, labor e custos. Assim, o objeto genérico também pode restringir competição.

Essas considerações objetivas levam em conta a boa-fé dos que participam ou não da licitação. Abordam, num primeiro momento, o servidor público que, não observando as técnicas necessárias, descreve o objeto a ser licitado de forma ampla demais. Noutro ponto, abordam o empresário republicano, o qual deixa de participar de uma licitação justamente por não ter como realizar seu planejamento de vendas diante um objeto genérico.

De qualquer forma, o princípio da competitividade, o qual foi lançado a um imperativo legal e, ao ver deste signatário, é o basilar das licitações, é ferido quando da falta de especificação mínima do objeto. De acordo com Torres, a “competitividade é um instrumento fundamental para reduzir os preços contratados, melhorar a eficiência do processo licitatório e combater a corrupção. (2022, p. 96).

Aliás, ainda de acordo com o doutrinador, “a ampla competitividade dificulta acordos escusos, cartelização e conluíus entre licitantes” (2022, p.96).

E, por falar em corrupção, não se deve olvidar que a descrição genérica de um objeto pode ser indício de conluio entre administradores e empresários. Franklin e Kleberon apontam um caso específico de “projeto mágico”, no qual uma licitação se baseia em objeto com especificação genérica, incompleta, podendo caracterizar fraude licitatória:

Um Projeto Básico deficiente não apenas sujeita o responsável à penalização, mas também leva à anulação de contratos. Isso porque **são nulas as licitações baseadas em projeto incompleto, defeituoso ou obsoleto** (Voto do Acórdão TCU nº 353/2007-P).

E é justamente que acontece nas fraudes do tipo **Projeto Mágico**. Nesse contexto, as licitações se baseiam em **especificações genéricas, incompreensíveis, incompletas, defeituosas, direcionadas, restritivas**. Veja-se um exemplo real: “projeto de fundação de caixad’água de 40.000 litros”. Essa era toda a especificação numa Carta Convite. Pergunta-chave: como formular uma proposta para esse objeto? A resposta é simples: simulando o processo licitatório. O importante é saber qual seria a verba disponível para pagar o serviço, não quanto custa de fato executá-lo. (2020, p.65)

O objeto genérico pode ser utilizado não apenas no interior do termo de referência como forma de fraudar uma licitação, como também na publicização para afugentar concorrência, atingindo outro princípio, a saber, o da publicidade. Explico.

Freire afirma que a nova lei de licitações previu o objeto de contratação de forma mais ampla, confundindo-se com a própria prestação principal, a exemplo de construir um prédio. Além do mais, o objeto tem o sentido da própria utilidade pretendida pela administração. No exemplo, o prédio em si.

Um objeto genérico pode fazer parte de um termo de referência, a exemplo de uma caneta, em um pregão para compra de materiais estudantis. Porém, o objeto da licitação pode descrevê-la em si, a exemplo da “construção de determinado prédio”, ou “manutenção das vias x, y e z”. É nesse último aspecto que o objeto genérico pode ser utilizado de forma ardil, enganando possíveis concorrentes que sequer vão ter ciência do que a administração deseja, de fato, licitar, recaindo o vício sobre o aviso de licitação.

O Tribunal de Contas traz um exemplo a respeito da nulidade quando da descrição defeituosa do objeto no aviso de licitação. Conforme consta do acordão, no aviso constava apenas “*obras de infraestrutura urbana no Município de Foz do Iguaçu*”. Todavia, o verdadeiro objeto era “obras de construção de rodovias federais no estado do Paraná, relativas ao Programa de Trabalho nº 26.782.0233.10CN.0002. Mais especificamente, tais

obras são de construção, pavimentação e restauração do contorno rodoviário no Município de Foz de Iguaçu, nas rodovias BR-277/PR e BR-469/PR”.

A esse respeito, vejamos trecho da conclusão do TCU:

17. Infelizmente, não encerra aí a lista de procedimentos divorciados do seu leito natural. **A segunda irregularidade apontada acima possui poder nulificante ainda mais alto. Trata-se da defeituosa descrição do objeto da licitação no aviso do edital publicado na Imprensa Oficial do Estado do Paraná e no jornal Gazeta do Paraná.** Com este último, os responsáveis pretendiam satisfazer a exigência de publicação do procedimento em jornal de grande circulação no estado, a despeito de esse jornal, com sede em Cascavel, ter apenas abrangência regional.

18. **O aviso publicado nesses veículos, de responsabilidade da presidente da comissão de licitação, refere-se ao objeto como “obras de infraestrutura urbana no Município de Foz do Iguaçu”, e mais não diz sobre o valor do orçamento, o local das obras e outras informações relevantes para o imediato entendimento do escopo do objeto pretendido.**

19. É discutível que as obras rodoviárias objetivadas pelos convenientes possam ser equiparadas ou subsumidas a simples obras de infraestrutura urbana. Parece-me claro que, tratando-se de edital publicado por prefeitura, **a indicação de que se trata de obras deste último tipo possa remeter à verdadeira natureza do objeto pretendido: “obras de construção, pavimentação e restauração do Contorno Rodoviário de Foz do Iguaçu” nas BRs 277 e 469/PR, como consta expressamente do edital. Ou ainda, “obras de construção e pavimentação da interligação das rodovias BR-277/PR e BR 469/PR”, como está posto**

no convênio dito sem ônus.

20. A simples troca do descritor oficial, diretamente disponível nos documentos da licitação, por uma descrição estranha a esses mesmos papéis, fundamentalmente errônea, já teria, por si própria, força invalidante do procedimento. Porém, somada ao conjunto de falhas incidentes sobre o dever básico de dar publicidade ao certame, da forma mais direta e convencional possível, deixa transparecer a intenção de ocultar o verdadeiro objeto da licitação, o que dá vazão à acusação de fraude ao procedimento licitatório feita pela Secex/PR. Por esta última razão cabe acrescentar às medidas alvitradas pela unidade técnica, em seu encaminhamento, a de remessa de cópia da deliberação que ora submeto a este Plenário ao Ministério Público Federal no Estado do Paraná, para a sindicabilidade penal dos fatos. (g.n)

Nesses casos, além da própria competitividade, outros princípios administrativos são violados, a exemplo da isonomia e, principalmente, da moralidade.

Porém, cautelas são necessárias. Afirmar fraude à licitação com exclusividade na ausência de especificação mínima do objeto não parece ser um caminho a ser seguido, posta a sua fragilidade, desconsiderando que nem sempre os servidores públicos, das mais diversas cidades, possuem capacidade técnica para descrever um item do mercado de forma suficiente a atender, de forma esmerada, uma competição.

Um mero erro, ou mesmo a incompetência, a qual pode refletir uma ilegalidade, não significa,

necessariamente, postura de má-fé, fraudulenta. Um administrador que não possui perícia, ou descuido, não pode ser confundido com o desonesto, ímprobo, não sendo outro o entendimento jurisprudencial pátrio³.

Outrossim, objetos genéricos levam a propostas díspares e, nesses casos, importante verificar se a pesquisa de preço de mercado foi realizada de forma séria, com empresas idôneas a lançarem propostas, inclusive.

Sem almejar esgotar o assunto, o qual será visto em estudo próprio, muitas vezes as municipalidades não realizam a pesquisa de preço de mercado da forma como a legislação e a jurisprudência do TCU exigem, com a chamada “cesta de preços”, mas apenas com cotação de 3 (três) fornecedores, diretamente. Claro, sem olvidar

³ 1. Os atos ímprobos são mais do que simples atos ilegais, possuem a qualificadora, isto é, o espírito de desprezo à coisa pública e aos seus princípios e normas éticas, circunstância que causa lesão aos cofres públicos e/ou enriquecimento ilícito do autor do fato ou de terceiros.

2. Já ilegalidades e práticas irregulares não denotam necessariamente aspectos de má intenção e de maus designios, que são característicos da improbidade administrativa e integram o próprio tipo ímprobo previsto em lei. Isto porque na improbidade administrativa já existe a volição preordenada para a prática da conduta que propiciará o locupletamento frente aos cofres públicos ou lesará o Erário, o que não é encontrável em atos simplesmente ilegais do Administrador Público. (...)

⁴. Esses aspectos factuais e probatórios, que foram represados no julgado recorrido e já não podem ser objeto de simples reexame em sede de recorribilidade extraordinária, foram amiúde expostos pelo Tribunal de origem. Consignou-se: (i) a prática reiterada de expedientes ardilosos a fim de frustrar a licitude do processo licitatório, tais como utilização de dados pessoais de terceiros em propostas, bem como assinaturas e endereços falsos; (ii) tais expedientes foram utilizados em quase na totalidade das contratações efetuadas; (iii) os fracionamentos indevidos de diversos objetos contratuais a fim de dar aparência de contratos autônomos e evitar a realização de procedimento licitatório; (iv) as irregularidades evidenciaram licitações montadas para beneficiar candidatos previamente escolhidos; (v) os implicados foram, diretamente, responsáveis pelas irregularidades perpetradas por serem coordenadores dos projetos (fls. 1.663/1.665). (AREsp 403.575/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27 nov. 2018, DJe 07 dez. 2018) (Grifo nosso)

o regramento previsto na nova lei de licitações.

Ainda considerando essa ilegalidade, quando o objeto é genérico, a atenção deve redobrar. Há a obrigação de verificar se as empresas que foram consultadas possuem condições para ofertarem aquele produto e na quantidade prevista pela administração. E há várias ferramentas para isso, a exemplo de uma simples consulta pelo CNPJ sobre suas atividades empresariais, estruturas físicas no endereço indicado de sua sede, se possui trabalhadores cadastrados, sócios em comum etc.

Foi nesse caminho que o Tribunal de Contas da União, por ocasião do Acórdão 2166/2022 - Plenário, reconheceu fraude à licitação já na pesquisa de preço de mercado. Além de notar que uma das empresas pesquisadas não possuía como atividade aquela relacionada ao objeto da licitação, detinha quadro societário com vínculo com a empresa vencedora.

No julgado, ficou demonstrado que a pesquisa de preço de mercado foi realizada apenas para cumprir uma mera formalidade e, **na mesma questão, um objeto genérico foi contratado sem atender a qualquer solução específica, deixando ao cargo do empresário ganhador o que, de fato, seria entregue**

a administrado, revelando um acinte ao interesse público. Vejamos trecho do julgado:

150. De toda forma, permanece a situação demonstrada na instrução anterior (peça 216, p. 31), em que houve planejamento meramente formal, com pesquisas de preços realizadas apenas para cumprir as exigências legais, sem o real interesse em se buscar a melhor solução para administração:

177. **Assim, a consequência foi a contratação de um objeto genérico que não atende qualquer solução específica, o que acabou deixando para um momento futuro e incerto a definição dos reais requisitos do sistema** - o estudo de viabilidade foi elaborado pela própria empresa contratada antes da celebração do acordo e da apresentação da proposta (peça 176), como se ela soubesse que seria escolhida para executar o sistema, substituindo o papel da equipe de planejamento, subvertendo a lógica do processo de aquisição tecnológica e, ainda pior, sem incluir todas as informações necessárias para o desenvolvimento real de um software e tendo tempo para elaborar seu orçamento depois de conhecidos os valores dos demais fornecedores.(Acórdão 2166/2022 – Plenário)(g.n)

Pode ocorrer de empresas de fachada “apresentarem” preços na pesquisa efetuada pelo administrador ímprobo para dar ar de legalidade, sendo que a disparidade de preços pode ser considerada como indício de fraude.

Nas considerações finais, veremos como a errônea objetificação do item licitado, em conjunto com outras irregularidades efetuadas pelo servidor público

ainda na fase interna do certame, pode indicar fraude licitatória.

2.2.2 Reflexão sobre exemplos

Um primeiro exemplo a ser debatido no tocante a objetos genéricos é o pregão em determinado município do interior do Amazonas, no qual se licitou grupos geradores para a secretaria de infraestrutura daquela municipalidade.

Foram previstos 8 (oito) itens, sendo que do item 1 (um) ao 5 (cinco), o grupo gerador era descrito apenas pela potência e nada mais. Porém, sem qualquer explicação, os itens 6 (seis) ao 8 (oito), além da potência, previram as rotações por minuto, tipo de partida, de refrigeração e até o material da base.

Não precisa ser um especialista em grupo gerador para notar que os itens 1 a 5 não possuem detalhes mínimos a fazer um empresário lançar proposta razoável. Sobre o caso concreto, lembremos que Joel de Menezes Niebuhr alertou que a falta de especificação pode resultar em admissão de propostas díspares que não acatem o interesse público.

E não foi diferente no caso concreto. Na pesquisa de preço, já errada por não coletar dados a respeito da

“cesta de preços”, uma empresa informou que vendia o grupo gerador de 20Kva por R\$ 63.988,00, sendo que a outra pesquisada narrou que vendia o mesmo objeto a R\$ 32.990,00.

O Tribunal de Contas da União (ACÓRDÃO N.º 1078/2017 – TCU – Plenário) se debruçou sobre uma representação relativa ao Pregão Eletrônico 39/2016, do 1.º Batalhão Ferroviário, sediado em Lages/SC, tendo por objeto o registro de preços para aquisição de material de construção, elétrico, hidráulico e sanitário para a manutenção de Próprios Nacionais Residenciais (PNR), das instalações internas do Batalhão.

No caso, o relator julgou como ilegal a contratação, em razão de que, conforme constava no termo de referência, a especificação dos objetos se “limita a mencionar o nome usual dos produtos a serem adquiridos, sem identificar nenhuma característica física que os diferencie dos demais produtos existentes no mercado” (2017, p.7).

Para melhor comparação, destaquem-se alguns objetos constantes no mencionado termo de referência apreciado pelo Tribunal de Contas: a) Materiais de alvenaria abrangendo cimento, areia, brita, blocos, tijolos, argamassas, cal e demais acessórios, complementos e

afins; b) Materiais de pintura abrangendo tintas, massas, impermeabilizantes, solventes e removedores, fundos e seladores, vernizes, silicones, adesivos e colas, pincéis e rolos e demais acessórios, complementos e afins; c) Materiais de janelas, portas e demais acessórios, complementos e afins; d) Materiais de telhas e calhas e demais acessórios, complementos e afins.

Não há necessidade de especialização para ter ciência de que “materiais de pintura abrangendo tintas” possui diversas características e tipos no mercado, apresentando inúmeras disparidades de especificações e, principalmente, preços, não sendo possível realizar um lance correto para um objeto tão abrangente.

Na seara mais complexa que envolve concorrência pública, o mesmo TCU avaliou determinado certame promovido pelo Ministério do Esporte, cujo objeto era a contratação de empresa ou consórcio para o fornecimento de equipamentos, implantação e manutenção de sistemas de controle de acesso e monitoramento de imagens dos estádios brasileiros utilizados no Campeonato Brasileiro das séries “A” e “B”, doravante denominado Projeto Torcida Legal.

O Tribunal de contas considerou a imprecisão do objeto quando, da reclamação de uma empresa

concorrente, verificou que não houve a indicação de quais estádios seriam beneficiados com a implantação dos sistemas de controles. Assim, restou configurada a ausência de definição precisa do objeto da Concorrência (Acórdão 1041/2010 – Plenário).

Um outro caso em determinado município do Amazonas foi o pregão para aquisição de material de custeio (material de expediente, cestas básicas, material de higiene e limpeza e gêneros alimentícios) para secretaria de promoção social.

Na oportunidade, inúmeros objetos foram transcritos no termo de referência de forma extremamente genérica. Vejamos alguns exemplos – entre parênteses constam pequenas observações que constaram na recomendação ministerial: a) bermuda/calção (sem indicação de tamanho e material componente); b) camisa de malhas (sem indicação de tamanho e material componente); c) chuteira (sem indicação de tamanho e material componente); d) quimonos (sem indicação de tamanho e material componente); e) lápis (sem especificar material componente); f) borracha (sem especificar material componente); g) polpas (sem especificar o tipo e peso); h) caneta (sem especificar material componente) i) caderno 1 e 10 matérias; j)

régua; l) tesoura; m) café (sem especificar a quantidade no fardo, na embalagem e a previsão de validade); n) farinha (sem especificar o tipo, a quantidade no fardo, na embalagem e a previsão de validade); o) biscoito (sem especificar o tipo, a quantidade na caixa, na embalagem de cada e a previsão de validade); p) creme de leite (sem especificar o tipo, a quantidade na caixa, na embalagem de cada e a previsão de validade); q) leite em pó (sem especificar a quantidade no fardo, na embalagem e a previsão de validade) etc.

Sim, foram licitados simplesmente “lápiz”, “tesoura” e “caneta”. Aliás, emblemático o objeto “caneta” pura e simples. Não tenho dúvidas que o leitor deste artigo já tenha adquirido inúmeras canetas em sua vida, dos mais variados tipos e, principalmente, preços. Qual é a intenção da administração em licitar uma “caneta”? É esferográfica? Qual o material que a compõe? Qual a sua dimensão? Há tantas canetas quanto a imaginação de quem realiza essa reflexão. É extremamente árdua a missão de quem vai lançar uma proposta sobre “caneta”.

Nesse caso, uma recomendação foi expedida para que a municipalidade suspendesse e anulasse o certame, o que foi acatado pelo gestor público, evitando graves danos ao erário público. Porém, infelizmente,

nem sempre as recomendações surtem efeitos, sendo necessário o ajuizamento de ação civil pública.

Na mesma cidade houve a abertura de pregão, cuja finalidade era a “aquisição de cestas básicas” para distribuição pela secretaria de promoção social. Entre os itens da “cesta básica”, restava simplesmente “suco concentrado” e “frango congelado”, sem maiores especificações quanto a esses produtos.

Quanto ao frango congelado, não houve especificação sequer da pesagem mínima, a forma de acondicionamento, a temperatura desse congelamento, a forma de transporte, data de fabricação e validade, bem como informações nutricionais. Da mesma forma que a licitação anterior, o administrador acatou a recomendação ministerial para anular a licitação.

A mesma ausência de característica foi observada quanto ao suco, visto que não houve menção a que tipo de fruta – o que faz variar o valor– adição ou não de açúcar, bem como a data de fabricação e prazo de validade.

Alguns materiais relacionados à educação também foram ou são objeto de análise na mesma cidade. Além da mencionada “caneta”, outros itens também foram licitados e caracterizavam a objetificação

genérica, a exemplo de “lápiz” puro e simples e caderno de uma ou dez matérias somente.

Em determinado certame a prefeitura abriu licitação para compra de “estojo escolar” e “mochila escolar”, sem qualquer especificação quanto ao material de composição e dimensões. As mesmas digressões sobre a licitação de “caneta” também são válidas para esses itens. Aliás, não se olvide que, na mesma oportunidade, caderno para desenho – 1.º ao 5.º também foi objeto de disputa.

Nesse tocante, Franklin e Kleberon ofertam outro exemplo de objeto genérico relacionado ao que denomina “Projeto Mágico”, justamente sobre cartilha infantil, a saber:

Outro exemplo real de Projeto Mágico: “cartilha infantil com 28 páginas, mais capas, formato 20x26,5, cm”. Só isso. Nada mais. Não é preciso ser especialista em serviços gráficos para identificar a insuficiência dessa especificação. Faltam elementos fundamentais para a formulação da proposta: tipo do papel, gramatura, quantidade de cores, tipo de capa, tipo de encadernação. Sem isso, um fornecedor interessado não poderia estimar os custos, sendo impossível apresentar um preço justo. Mas esse caso aconteceu e, incrivelmente, todos os licitantes apresentaram propostas absolutamente semelhantes, inclusive, com detalhes iguais que não constavam no edital. (2020, p. 65)

São inúmeros os exemplos em julgados em que

há, propositadamente, carência de descrição mínima do objeto na licitação. Em vista da limitação imposta de paginação do artigo, não há possibilidade de mais discussões, mas pesquisas pelo portal de jurisprudência do TCU pode ser uma excelente ferramenta para fundamentação de posterior medida quanto ao certame eivado de vício.

2.2.3 Da demasiada especificação

Não é ponto central deste artigo científico o contraponto ao objeto genérico, qual seja, a demasia na especificação do mesmo, até porque, conforme dito em linhas anteriores, são vastos os exemplos discutidos na doutrina e jurisprudência a respeito desses casos.

A previsão de cláusulas restritivas no objeto licitado, sem qualquer fundamento, também é uma irregularidade que pode tornar o processo licitatório anulável. A título de exemplo, no mesmo município em que houve a licitação de “lápiz”, sobreveio o certame para a aquisição de *pick-ups*.

No termo de referência, havia a previsão de potência mínima do motor da *pick-up* sem qualquer fundamento e, analisando as opções de mercado,

verificou-se que a potência exigida apenas uma marca de carro possuía e, coincidentemente, foi a proposta da única empresa que concorreu ao certame.

Assim, este tópico sobreveio ao trabalho apenas para ilustrar o quão árdua é a missão de quem detalhará o objeto a ser licitado e, principalmente, a ampliação daquele, sem descrição de elementos mínimos.

2.2.4 Das informações a posteriori da administração pública

Conjuntamente pode ocorrer de um fiscal externo, quando se deparar com objeto genérico, indagar o administrador a respeito e este, em resposta a algum ofício, depois do certame já realizado, explicar, apenas nesse momento, de forma pormenorizada, as características do que realmente licitou.

Tal explicação não deve ser levada em consideração, visto que, conforme bem acentuou Justen Filho, “a descrição do objeto da licitação contida no edital não pode deixar margem a qualquer dúvida nem admite complementação a *posteriori*” (2019, p. 897).

A lógica nos permite concluir assim: ora, se a licitação ocorreu com um objeto genérico, por óbvio já houve a mácula do procedimento. Os possíveis

concorrentes deixaram de apresentar proposta ou, se o fizeram, lançaram preços díspares.

Os pedidos de explicações são, ou deveriam ser, apenas retóricos quando constatadas falhas graves na especificação genérica do objeto. Qualquer “complementação” de informações a respeito do item licitado, realizada de forma posterior ao certame, deve ser levadas em conta apenas para averiguação de possível má-fé ou não do servidor, não para que um determinado procedimento seja considerado válido ou não.

Claro, se a complementação, em verdade, for esclarecimento de algum ponto que o fiscal não levou em consideração na primeira análise, nada impede que as informações, que aí não possuem caráter de complementação, mas sim de elucidação, tirem a nebulosidade da fiscalização e não haja nenhuma consequência jurídica à licitação.

Da mesma forma, em determinados casos, o administrador, quando instado a respeito do objeto genérico licitado, justifica a legalidade da licitação expondo o produto ofertado pelo licitante ganhador, aduzindo que qualquer irregularidade foi sanada pela apresentação de um objeto especificado na proposta vencedora.

Tal argumentação, inclusive, não é válida, posto que a especificação correta do objeto na licitação, além de ser prévia, devendo constar já no termo de referência, não está atrelada ao que o empresário vencedor propôs à Administração Pública.

2.3 Da superestimativa do objeto licitado

Uma outra forma de restringir a competitividade no certame licitatório, além, de prever um objeto genérico, ou específico demais, é superestimar o quantitativo a ser licitado pela Administração.

No termo de referência, por exemplo, o Poder Público informa aos interessados que adquirirá, ou possui a expectativa de comprar, a depender da natureza do certame, aquele número de itens previstos.

A nova lei de licitações, em seu artigo sexto, inciso treze, ao definir termo de referência, positiva que este, além de conter a definição do objeto, deve prever o seu quantitativo. Ato contínuo, o mesmo diploma legal positiva que o planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e a determinação de unidades e quantidades a serem adquiridas em função de consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas

técnicas quantitativas, admitido o fornecimento contínuo, de acordo com o teor do art. 40, III.

No tocante à importância da previsão do quantitativo, segue a doutrina:

A quantidade a ser contratada é informação fundamental para os licitantes. Ocorre que, em razão da economia de escala, a quantidade influi decisivamente no preço. Demais disso, os interessados na licitação precisam avaliar se possuem, ou não, condições operacionais para atender ao quantitativo exigido pela Administração. Trocando-se em miúdos, a quantidade pretendida é informação fundamental para os licitantes, para que eles avaliem se têm, ou não, condições de atender à necessidade da Administração e para que formatem as suas respectivas propostas (Niebuhr, 2020, p.136).

De certo, no pregão, por meio do sistema auxiliar de registro de preço, não há a obrigatoriedade de a administração pública adquirir o exato quantitativo disposto no termo de referência. Porém, o ente público, quando da abertura do procedimento licitatório, deve, anteriormente, estimar a sua real necessidade de compras, por meio do indigitado estudo preliminar.

Conforme bem acentuado por Franklin e Kleberson, independentemente do bem a ser adquirido ou da natureza do serviço a ser prestado, a entidade deve justificar como estimou a quantidade a ser contratada, baseada em dados empíricos e objetivamente

comprovados. Podem ser utilizados relatórios estatísticos de consumo médio, mapas de acompanhamento, memória de cálculo, histórico de consumo, demandas reprimidas, expectativas de alteração na demanda futura, estoque atual, referência técnica⁴.

Continuam os autores a afirmarem que,

dessa forma, é recomendável que a equipe de planejamento de contratação defina método para estimar as quantidades necessárias e documente a aplicação do método no processo de contratação⁵.

A esse respeito:

Ao superestimar quantitativos no âmbito do sistema de registro de preços, por exemplo, o gestor não observa os princípios da boa-fé e da confiança, uma vez que induz a empresa fornecedora à falsa expectativa de contratação e, ainda, pode **frustrar a competitividade do certame**, ao inibir a participação de fornecedores capazes de oferecer quantitativos menores do bem a ser adquirido.

(...)

A falta de transparência quanto ao regime efetivo das futuras compras também pode contribuir fortemente para afastar interessados. Imagine participar de um certame para registrar 100.000 cadeiras a serem potencialmente fornecidas ao longo de 12 meses, sem ter qualquer segurança se, de fato, alguma unidade será requisitada, ou se todas as unidades podem ser solicitadas de uma vez. Não há como se preparar para “fornecimentos-surpresa” como esses.⁶

⁴ SANTOS, op.cit.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid

Ao superestimar os objetos que possivelmente seriam adquiridos, não publicando aos pretendentes a real intenção, pode a administração afastar concorrentes de menor porte, ou mesmo direcionar a licitação.

Nessa hipótese, com fundamento nos Acórdãos 845/2017 e 2612/2016, ambos do TCU, é cabível a anulação do contrato, nos termos do art. 7.º, §§ 4º e 6.º, da Lei 8.666/1993. Nesse ínterim, cumpre transcrever um fragmento do Acórdão 845/2017 do TCU:

Por outro lado, constatada ilegalidade no procedimento licitatório, o instituto aplicável é o da anulação do contrato, previsto nos arts. 49 e 59 da Lei de Licitações e Contratos, e não o distrato por razões de interesse público. **Ressaltou, ainda, que, “no caso examinado, em que se está diante de uma contratação com superestimativa de quantitativos, caberia a anulação do contrato com base no art. 7º, §§ 4º e 6º, da Lei 8.666/1993, ou a celebração de termo de aditamento contratual suprimindo os serviços desnecessários ou cujos quantitativos encontram-se acima dos levantados a partir dos projetos executivos”.** Ao final, o Colegiado, anuindo à proposta do relator, entre outras medidas, determinou à Caixa Econômica Federal que se abstenha de liberar os recursos do contrato de repasse sem que previamente seja comprovado que o conveniente realizou as correções necessárias na planilha orçamentária da obra e realizou nova licitação, cujo orçamento-base possua quantitativos de serviços em conformidade com os previstos em projeto, nos termos do art. 7º, § 4º, da Lei 8.666/1993. Acórdão 845/2017 Plenário, Auditoria, Relator Ministro Benjamin Zymler.(g.n).

Entendo a conclusão do TCU quanto aos dois caminhos possíveis quando da contratação da superestimativa de quantitativo, dado que, a depender do caso concreto, uma anulação gera mais prejuízo ao erário público a continuar com a irregularidade.

É nessa premissa que o labor preventivo surte mais efeito. Analisando um certame em seu nascedouro, em que se constata tal ilegalidade, gerando uma atuação no início, além de inibir a fraude, colabora-se para que não haja futuro dano ao erário.

2.3.1 Reflexão sobre exemplos

No mesmo município em que houve as licitações com objetos genéricos, existiram licitações com aparente superestimativas quanto aos itens sem qualquer fundamento.

Em determinado pregão presencial para aquisição de material esportivo destinado às demandas da secretaria municipal de juventude desporto e lazer, o termo de referência anunciou 200 redes de vôlei de quadra e 1300 bolas de futebol de campo ao todo, sem que houvesse qualquer justificativa embasada em estudo técnico preliminar para os quantitativos. A título de curiosidade, a população estimada para o município

é de aproximadamente 54 mil habitantes⁷.

Em uma análise do processo licitatório, não se vislumbrou, claro, o estudo técnico preliminar, nem qualquer documento prévio que justificasse qualquer quantitativo licitado. Havia apenas um ofício requisitório, sem qualquer estimativa histórica a respeito das demandas anteriores da secretaria, solicitando a abertura daquela licitação com a previsão de 1300 bolas de futebol.

No mesmo município, agora em licitação para a secretaria de promoção social, injustificadamente houve a licitação de 200 chuteiras. Noutra, de compra de material de informática, sem qualquer estudo técnico preliminar, licitou-se 100 impressoras e 80 computadores completos.

Neste último caso, além da injustificada quantidade, notou-se que uma das empresas que participou da pesquisa de preço de mercado não possuía estrutura física mínima para ofertar qualquer computador completo. Ademais, quem logrou êxito no certame também aparentava não possuir estrutura para

⁷ Conforme amplamente noticiado, a Polícia Federal deflagrou uma operação "Tira-Dente" para apurar desvio de verbas na saúde, em especial no município de Pedreiras/MA. De acordo com o noticiado, a Prefeitura informou ao Ministério da Saúde que, em 2021, realizou 540 mil extrações dentárias, sendo que o município possui 39 mil habitantes. Ou seja, naquele ano, houve 14 extrações dentárias por morador, o que revela o absurdo espelhado no superestimado quantitativo de serviço – Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2023/03/02/prefeitura-do-mamani-pulava-dados-no-sistema-do-sus-para-aumentar-repasse-de-recursos-federais-diz-pf-e-cgu.ghtml>. Acesso em: 23 jun. 2024.

tal desiderato, assim como nos outros casos.

Às vezes, o problema da superestimativa surge conjugado com o objeto genérico. Exemplo foi a mencionada licitação de compra de grupo gerador. A par do item com descrição insuficiente, a prefeitura estimou em 86 objetos licitáveis, sem qualquer documento comprobatório da real necessidade. Quando da prestação de informações a *posteriori*, narrou que os grupos geradores supririam as necessidades de comunidades da zona rural, sem especificar quais as localidades que seriam beneficiadas. Aliás, não se comprovou nem a necessidade dos objetos.

Nesses casos, importante atentar à pesquisa de preço de mercado, posto que nessa fase a administração, provavelmente, laborará em erro e realizará apenas pesquisa com 3 (três) empresas, as quais, muitas vezes, não possuem idoneidade para lançar valores, vez que não possuem estrutura para fornecer todo o superestimado quantitativo de item. A empresa que vencerá o certame *idem*.

Por vezes, uma única empresa participa, efetivamente, do certame e ganha. Nesses casos, além da ausência de estrutura empresarial de quem logrou êxito, outras ilegalidades permeiam o certame, a exemplo

de necessidade de acesso ao edital apenas na sede da prefeitura, que se localiza a centenas de quilômetros da capital, além de ser um certame presencial em detrimento do eletrônico etc.

Apropósito, na operação “Tira-Dente”, mencionada na nota de rodapé, a CGU verificou inadequada pesquisa de preço e pregão conduzido de forma presencial em detrimento da eletrônica, além de superfaturamento - <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2023/03/cgu-e-policia-federal-combatem-irregularidades-na-saude-em-pedreiras-ma>.

2.4 Do conjunto de indícios e fraudes em licitações

A licitação com objeto genérico, especificado em demasia, ou com quantitativo superestimado, de forma isolada, não significa qualquer forma de fraude ao processo licitatório, mas apenas ilegalidades que não ultrapassam o campo administrativo, se for o caso. Todavia, um conjunto de irregularidades, a depender de sua gravidade, pode denotar conduta eivada de má-fé, a qual deve ser combatida na seara criminal e da improbidade administrativa.

Precisas são as palavras do Ministro do Supremo

Tribunal Federal Luiz Fux na Ação Penal 470⁸, o qual abordou o tema dos indícios e provas dos delitos em contexto de associação e conluio, a saber:

(...) Isso é especialmente importante em contextos associativos, no qual os crimes ou infrações administrativas são praticados por muitos indivíduos consorciados, nos quais é incomum que se assinem documentos que contenham os propósitos da associação, e nem sempre se logra filmar ou gravar os acusados no ato de cometimento do crime. Fato notório, e notoria non egent probatione, todo contexto de associação pressupõe ajustes e acordos que são realizados a portas fechadas.

Neste sentido, por exemplo, a doutrina norte-americana estabeleceu a tese do “paralelismo consciente” para a prática de cartel. Isso porque normalmente não se assina um “contrato de cartel”, basta que se provem circunstâncias indiciárias, como a presença simultânea dos acusados em um local e a subida simultânea de preços, v. g., para que se chegue à conclusão de que a conduta era ilícita, até porque, num ambiente econômico hígido, a subida de preços, do ponto de vista de apenas um agente econômico, seria uma conduta irracional economicamente. Portanto, a conclusão pela ilicitude e pela condenação decorre de um conjunto de indícios que apontem que a subida de preços foi fruto de uma conduta concertada.

⁸ Seguem trechos do julgado:

(...)o Supremo Tribunal Federal possui há décadas jurisprudência consolidada no sentido de que os indícios, como meio de provas que são, podem levar a uma condenação criminal.

(...)Assim, a prova deve ser, atualmente, concebida em sua função persuasiva, de permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo

(...)Assim é que, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, o julgador pode, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.

Aliás, a força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si próprios, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória. (cf. PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 90-91)

No mesmo diapasão é a prova dos crimes e infrações no mercado de capitais. São as circunstâncias concretas, mesmo indiciárias, que permitirão a conclusão pela condenação.

No tocante à reunião de indícios, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que “uma sucessão de indícios e circunstâncias, coerentes e concatenadas, podem ensejar a certeza fundada que é exigida para a condenação” (REsp n. 130.570/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 6 out.1997).

Em relação às fraudes à licitação, “em geral, um indício isolado não tem força suficiente para caracterizar uma possível fraude. No entanto, um conjunto robusto de indícios (convergentes e concordantes entre si), que permita a formação de juízo de uma operação analisada, tem sido admitido nas esferas administrativa e judiciária como prova indireta. Já existe nesse sentido ampla jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como do TCU.”⁹

Para o Tribunal de Contas da União,

constitui prova a existência de indícios vários, convergentes e concordantes, o que, sinalizando para a manipulação de procedimento licitatório, autoriza o TCU a declarar a inidoneidade das empresas envolvidas

⁹ Obra transparente: Métodos de detecção de fraude e corrupção em contratações públicas (<https://www.transparencia.org.br/>)

na fraude, assim como multar os gestores públicos responsáveis (Acórdão 834/2014-TCU-Plenário).

A caracterização de conluio exige a conjunção de indícios vários e coincidentes que apontem para a ocorrência de fraude à licitação, consubstanciada na prática de atos capazes de restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e de promover o direcionamento do certame (Acórdão 2649/2015-Plenário).

Ainda nesse ponto, para a configuração de fraude à licitação, é prescindível a existência de sobrepreço, basta a comprovação de ausência de competição por meio de artifícios escusos. (TCU, Acórdão 1262/2007-Plenário).

Assim, um conjunto de ilegalidades podem levar à conclusão a respeito de fraude em determinado processo licitatório em que se constatou objeto genérico ou quantitativo superestimado de itens, à medida que outras irregularidades transpareçam o direcionamento, a montagem, dado que as ilegalidades estudadas neste trabalho dimanam, justamente, na ausência de competitividade. Indica-se a leitura do Acórdão 1694/2011-Plenário, do TCU, o qual consigna diversas características de fraude.

3 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, observa-se que o administrador, quando da escolha do que licitará, tem o dever, primeiramente, de descrevê-lo de forma clara, concisa, com as características mínimas necessárias para a sua identificação, à medida que os concorrentes possam, a partir dos dados postos no projeto básico ou termo de referência, apresentar seus valores condizentes com o de mercado, ampliando, da melhor forma possível, a competitividade.

Um objeto descrito de forma genérica espelha um obstáculo à concretização do princípio da competitividade, uma vez que o empresário não saberá o que, de fato, quis o administrador licitar, não obtendo informações suficientes para enviar proposta correta, deixando de participar do processo licitatório.

Ademais, sem informações objetivas, em caso de participação do empresariado, haverá apresentação de propostas díspares e, ao final do certame, a administração poderá ter de arcar com prejuízos, posto que não terá elementos suficientes para aferir a qualidade de determinado produto, não podendo reclamar se algo inferior à sua expectativa for enviado pelo vencedor do certame.

Outrossim, ao superestimar o quantitativo a ser licitado, da mesma forma a administração incorre em erro que desemboca na falta de competitividade, haja vista que elevado – e desnecessário – número de objetos, pode afugentar pequenos e médios empresários que detinham capacidade de fornecer a real expectativa do órgão estatal.

Logo, o conhecimento amplo do mercado, em especial da especificidade do item a ser licitado, é de fundamental importância ao servidor público responsável pela confecção do termo de referência, projeto básico, ou documento similar, devendo se amparar no estudo técnico preliminar, bem como, se necessário, de consulta pública transparente no intuito de obter maiores informações a respeito do que se quer licitar.

Por fim, tais irregularidades apontadas no presente estudo não significam, necessariamente, fraude licitatória, porém, elencadas com outras da mesma gravidade, podem apontar consideráveis indícios, elementos de provas que podem ensejar a responsabilização penal e cível em caso de conluio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Diário Oficial*, Brasília, p. 1, 01 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial - AREsp 403.575/RJ. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27 nov. 2018, *DJe*, 07 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial - REsp n. 130.570/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, *DJ*, 6 out. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470 – Minas Gerais*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 17 de dezembro de 2012. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, dez. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 79/2010*. PLENÁRIO. Relator Marcos Bemquerer, 27 out. 2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordaocompleto/NUMACORDAO%253A79%2520ANOACORDAO%253A2010%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1078/2017*, PLENÁRIO. Relator Marcos Bemquerer Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/acordaocompleto*/NUMACORDAO%253A1078%2520ANOACORDAO%253A2017. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 975/2009*, PLENÁRIO. Relator Valmir Campelo Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 209. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A975%2520ANOACORDAO%253A2009%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2166/2022*, PLENÁRIO. Relator AUGUSTO SHERMAN, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2022. Disponível em: [https:// pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2166%2520ANOACORDAO%253A2022%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2166%2520ANOACORDAO%253A2022%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0). Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Súmula nº 177*. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 1982. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/sumula/*/NUMERO%253A177%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMEROINT%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2829/2015*, PLENÁRIO. Relator Bruno Dantas, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2829%2520ANOACORDAO%253A2015%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1041/2010*, PLENÁRIO. Relator Augusto Sherman, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2010. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1041%2520ANOACORDAO%253A2010%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 845/2017*, PLENÁRIO. Relator Benjamin Zymler, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A845%2520ANOACORDAO%253A2017%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2612/2016*, PLENÁRIO. Relator Benjamin Zymler, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2612%2520ANOACORDAO%253A2016%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 845/2017*, PLENÁRIO. Relator Benjamin Zymler, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2017. Disponível em: [https:// pesquisa.ap ps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A845%2520ANOACORDAO%253A2017%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAONT%2520desc/0](https://pesquisa.ap ps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A845%2520ANOACORDAO%253A2017%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAONT%2520desc/0). Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 720/2010*, PLENÁRIO. Relator André de Carvalho, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2010. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A720%2520ANOACORDAO%253A2010%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAINT%2520desc/0. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 834/2014*, PLENÁRIO. Relator André de Carvalho, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2014. Disponível em: https://pesquisa. apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A834%2520ANOACORDAO%253A2014%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAINT%2520desc/0. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2668/2009*, PLENÁRIO. Relator Augusto Sherman, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2009. Disponível em: https://pesquisas.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada/*/NUMACORDAO%253A2668%2520ANOACORDAO%253A2009%2520/

BRASIL. *Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1262/2007*, PLENÁRIO. Relator Marcos Bemquerer, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2007. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada/*/NUMACORDAO%253A1262%2520ANOACORDAO%253A2007%2520/score%-2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue. Acesso em: 23 jun. 2024.

FREIRE, André Luiz. *Descrição do objeto*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica

de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/522/edicao-2/descricao-do-objeto>. Acesso em: 23 jun. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MOURÃO, Carolina Mota, MONTEIRO, Vera. Procedimento de Manifestação de interesse como instrumento de fomento à inovação: a artigo 81 da Lei n. 14.133, de 2021. In: RAUEN, André Tortato (org.). *Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*. Brasília: Editora Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2022. ISBN 978-65-5635-046-2. DOI <http://dx.doi.org/10.38116/978-65-5635-046-2>. Disponível em: https://torio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11623/8/218187_LV_Compras%20publicas_Cap06.pdf. Acesso em: 23 jun. 2024.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 8. ed. ver., ampl e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberon Roberto de. *Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 13. ed., ver. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.