

Fraudes em Licitações e Contratos conforme a Lei nº 14.133/21

Carlos Henrique Harper Cox
Promotor de Justiça
carlos.cox@mprn.mp.br

1) Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB

Art. 28. *O agente público responderá pessoalmente **por** suas decisões ou opiniões técnicas **em caso de dolo** ou **erro grosseiro**.*

• **obs:** a norma exclui de responsabilização o erro ordinário e o erro inevitável.

Art. 22. § 1º *Em decisão sobre regularidade de conduta [...], serão consideradas as **circunstâncias práticas** que houverem **imposto, limitado ou condicionado a ação do agente**.*

2) Fraude e Erro

A Resolução Conselho Federal de Contabilidade nº 1.207/2009, 11, na mesma linha do ISA 240 da Iaasb (International Auditing and Assurance Standards Board), define fraude como:

“o ato intencional de um ou mais indivíduos da administração, dos responsáveis pela governança, empregados ou terceiros, que envolva dolo para obtenção de vantagem injusta ou ilegal”.

Já as Normas de Auditoria Governamental (NAGs), editadas pelo Instituto Rui Barbosa, que congrega os Tribunais de Contas do Brasil, traz a seguinte definição:

“1114 – FRAUDE: ato voluntário intencional de omissão ou manipulação de transações, adulteração de documentos, informações, registros e demonstrações. Existe dolo, pois há intenção de causar algum tipo de dano”.

2) Fraude e Erro

As Normas de Auditoria Governamental (NAGs) *definem erro como:*

“1112 – ERRO: ato não voluntário, não intencional, resultante de omissão, desconhecimento, imperícia, imprudência, desatenção ou má interpretação de fatos na elaboração de documentos, registros ou demonstrações. Existe apenas culpa, pois não há intenção de causar dano”.

A essência da diferença entre fraude e erro está na intencionalidade, ou não, da ação ou omissão.

3) Erro Grosseiro

O Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta a LINDB, no seu art. 12 traz a seguinte definição normativa:

*§ 1º Considera-se **erro grosseiro** aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com **culpa grave**, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de **negligência, imprudência ou imperícia.***

Elevado grau de:

- **imperícia** é atitude comissiva (ativa), o agente pratica um ato sem atender aos requisitos e técnicas exigidas para o caso. Ex: escolher uma marca sem qualquer justificativa.
- **imprudência** é atitude comissiva (ativa), o agente pratica um ato sem precaução, sem cautela, sem a prudência esperada. Por exemplo: realizar uma antecipação de pagamento sem garantia.
- **negligência** é atitude omissiva, o agente deixa de fazer algo exigido por lei ou normativo interno. Ex: deixar de comunicar uma fraude à autoridade superior..

3) Erro Grosseiro

O Tribunal de Contas da União tem exarado acórdãos esclarecedores:

*Para fins de responsabilização perante o TCU, considera-se **erro grosseiro** (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) aquele que pode ser percebido por pessoa com diligência **abaixo do normal** ou que pode ser evitado por pessoa com nível de atenção **aquém do ordinário**, decorrente de grave inobservância de dever de cuidado.*

Acórdão 4447/2020 - Segunda Câmara | Relator: AROLDO CEDRAZ.

*O **erro grosseiro** a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018, fica configurado quando a conduta do agente público se distancia daquela que seria esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto.*

Acórdão 2860/2018 - Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN.

*Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como **erro grosseiro** (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) o **descumprimento de normativo** da entidade pelo gestor, especialmente o que resultar em danos materialmente relevantes.*

Acórdão 2677/2018 - Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER.

3) Casuística do Erro Grosseiro

O Tribunal de Contas da União:

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) a aprovação, pelo parecerista jurídico (art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993), de minuta de edital contendo vícios que não envolvem controvérsias jurídicas ou complexidades técnicas.

Acórdão 9294/2020 - Primeira Câmara | Relator: BRUNO DANTAS.

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) o descumprimento, sem a devida motivação, de determinação expedida pelo TCU, pois tal conduta revela grave inobservância do dever de cuidado, o que configura culpa grave.

Acórdão 2028/2020 - Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN.

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) o descumprimento, sem a devida motivação, de determinação expedida pelo TCU, pois tal conduta revela grave inobservância do dever de cuidado, o que configura culpa grave.

Acórdão 2028/2020 - Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN.

4) Casuística do Erro Grosseiro nas Contratações

O Tribunal de Contas da União:

A ausência de critério de aceitabilidade dos preços unitários em edital de licitação para contratação de obra, em complemento ao critério de aceitabilidade do preço global, configura erro grosseiro que atrai a responsabilidade do parecerista jurídico que não apontou a falha no exame da minuta do ato convocatório, pois deveria saber, como esperado do pareceristas médio, quando as disposições editalícias não estão aderentes aos normativos legais e à jurisprudência.
Acórdão 615/2020 - Plenário | Relator: ANA ARRAES.

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) o pagamento de serviços de natureza continuada prestados sem respaldo contratual, em afronta ao art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993.
Acórdão 13053/2019 - Segunda Câmara | Relator: AUGUSTO NARDES.

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) o direcionamento de licitação para marca específica sem a devida justificativa técnica.
Acórdão 1264/2019 - Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES.

4) Casuística do Erro Grosseiro nas Contratações

O Tribunal de Contas da União:

Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a decisão do gestor que desconsidera, sem a devida motivação, parecer da consultoria jurídica do órgão ou da entidade que dirige. Tal conduta revela desempenho aquém do esperado do administrador médio, o que configura culpa grave, passível de multa.

Acórdão 1264/2019 - Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES.

A omissão na adoção de providências com vistas a coibir ou reverter abandono injustificado de obra pública configura culpa grave.

Acórdão 3546/2019 - Primeira Câmara | Relator: BENJAMIN ZYMLER.

Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a autorização de pagamento sem a devida liquidação da despesa.

Acórdão 2699/2019 - Primeira Câmara | Relator: VITAL DO RÊGO.

4) Casuística do Erro Grosseiro nas Contratações

O Tribunal de Contas da União:

Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro o descumprimento de regra expressa em instrumento de convênio. Tal conduta revela nível de atenção aquém ao de uma pessoa com diligência abaixo do patamar médio, o que configura culpa grave, passível de multa.

Acórdão 2681/2019 - Primeira Câmara | Relator: BENJAMIN ZYMLER.

Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a realização de pagamento antecipado sem justificativa do interesse público na sua adoção e sem as devidas garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto pactuado.

Acórdão 185/2019 - Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER.

5) Condicionantes da Decisão e Motivação dos Atos

- registrar se a decisão precisou ser tomada de urgência, às vezes no mesmo dia em que uma solicitação foi formulada;
- registrar se havia mais de um entendimento ou possibilidade de decisão e justificar o motivo de ter escolhido o caminho tomada;
- registrar se o agente público está há pouco tempo no cargo;
- registrar se o tema da decisão não é da expertise do órgão;
- registrar a existência de déficits estruturais ou de recursos humanos;
- registrar se o agente está em período temporário ou substituindo por férias ou licença;
- registrar alguma assimetria de informações no momento de decidir;
- registrar se outros órgãos foram previamente consultados, bem como se a decisão está sendo amparado em pareceres técnicos;
- registrar se se está diante de desafio novo, de um fato novo, como é o Covid, ou mesmo se a decisão é fruto de inovação;
- registrar se o gestor é submetido a uma carga excessiva de trabalho, como a acumulação de mais de um cargo ou função.

6) Indícios de Cartel

*As fraudes se revelam sobretudo por meio de indícios. Mas não basta **um** indício! É preciso um conjunto convergente de indícios. Assim, o agente de contratações / pregoeiro deve estar atento aos sinais da fraude.*

- **Definição:** *indício é a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato principal (a ser provado), autorize, por indução, a concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.*

- **Quando cabe uma condenação com base em indícios:**

*“É lícito ao julgador formar seu convencimento com base em prova indiciária quando os indícios são **vários, fortes e convergentes**, e o responsável não apresenta contraindícios de sua participação nas irregularidades”.*

Acórdão 8250/2021 - Segunda Câmara | Relator: BRUNO DANTAS.

6) Indícios de Cartel

6.1. Ausência de concorrentes habituais ou tradicionais

Um primeiro indício que deve chamar atenção é a ausência de licitantes habituais. O agente de contratações / pregoeiro, como regra, conhece os principais agentes econômicos que atuam no segmento licitado. A ausências desses licitantes pode ser um sinal de prática de cartel.



6) Indícios de Cartel

6.2. Formação de consórcios entre empresas como autonomia técnica/financeira

Apesar de existirem hipóteses nas quais os consórcios contribuem para o aumento do número de participantes, especialmente em licitações cujo mercado ou objeto são complexos, a formação de consórcios pode reduzir o universo da disputa e incentivar que os potenciais interessados façam acordos entre si. Em alguns casos, tal instrumento pode ser utilizado de forma distorcida, com o fim principal de garantir uma divisão acordada previamente entre concorrentes. Em geral, isso ocorre em casos em que as empresas tem capacidade técnica e financeira para, isoladamente, prestarem o serviço e/ou fornecerem o produto licitado, mas decidem formar consórcio. Tais consórcios, portanto, reduzem a competitividade do certame – haja vista que potenciais concorrentes suprimem suas propostas individuais, passando a formar um consórcio – e alocam as parcelas do objeto licitado às consorciadas.

A permissão para formação de consórcios pode, ainda, incentivar as empresas a acordarem os ganhadores de cada licitação em uma situação em que haja certa previsibilidade de ocorrência dos certames e que os produtos sejam similares entre si. Toma-se, como exemplo, um mercado com cinco agentes e com previsão de lançamento de duas licitações em que é permitida a formação de consórcios. Os concorrentes têm incentivos para, ao invés de participarem individualmente do certame, formar consórcios, de modo que todos sairiam beneficiados, com uma margem de preço superior ao cenário competitivo.

5) Indícios de Cartel

5.3. Propostas com valores absolutos ou relativos lineares

É um indício de conluio quando licitantes distintos apresentarem propostas em que haja uma linearidade ou um padrão entre o valor dos itens. No caso abaixo, é possível ver que há um padrão de desconto entre a proposta A e a proposta B:

| Proposta A | Proposta B | Proposta C | B-A | C-A | B-C |
|------------|------------|------------|-----------|-----------|-----------|
| R\$ 10,00 | R\$ 12,00 | R\$ 13,00 | R\$ 2,00 | R\$ 3,00 | R\$ 1,00 |
| R\$ 25,00 | R\$ 27,00 | R\$ 31,00 | R\$ 2,00 | R\$ 6,00 | R\$ 4,00 |
| R\$ 33,00 | R\$ 35,00 | R\$ 31,00 | R\$ 2,00 | R\$ -2,00 | R\$ -4,00 |
| R\$ 51,00 | R\$ 61,00 | R\$ 55,00 | R\$ 10,00 | R\$ 4,00 | R\$ -6,00 |

5) Indícios de Cartel

5.3 Propostas com valores absolutos ou relativos lineares

Em alguns casos, o padrão entre as propostas não será em números absolutos, mas em percentual. No caso abaixo, há um padrão entre as propostas A e B:

| Proposta A | Proposta B | Proposta C | B/A | C/A | B/C |
|------------|------------|------------|------|------|------|
| R\$ 10,00 | R\$ 11,00 | R\$ 13,00 | 110% | 130% | 118% |
| R\$ 20,00 | R\$ 22,00 | R\$ 19,00 | 110% | 95% | 86% |
| R\$ 40,00 | R\$ 44,00 | R\$ 42,00 | 110% | 105% | 95% |
| R\$ 50,00 | R\$ 60,00 | R\$ 53,00 | 120% | 106% | 88% |

6) Indícios de Cartel

6.4. Propostas proposta cobertura (“cover bidding”)

- *Um dos concorrentes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido para vencer o certame;*
- *Um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita (proposta acima do orçamento estimado);*
- *Um concorrente apresenta uma proposta que contém condições específicas que sabe de antemão que serão inaceitáveis para o comprador (ex: deixa de apresentar valor de item em um lote).;*

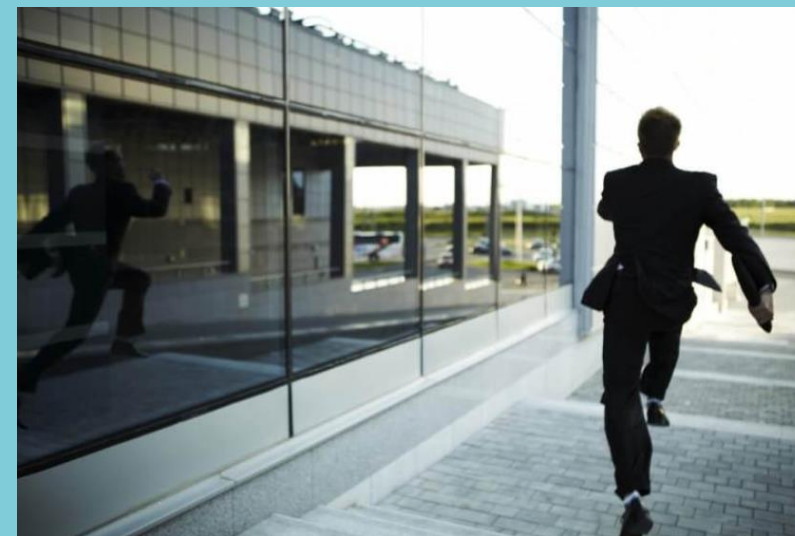


6) Indícios de Cartel

6.5. Retirada (supressão) de propostas (“bid suppression”)

As estratégias de supressão de propostas envolvem acordos entre os concorrentes para que uma ou mais empresas abstenham-se de concorrer ou retirem uma proposta previamente apresentada, de modo que a proposta do concorrente escolhido pelo cartel como vencedor do certame seja aceita.

Portanto, a empresa pode abster-se desde início de participar do certame (supressão de propostas) ou decidir retirar sua proposta quando está concorrendo, a fim de que o concorrente participante do cartel seja bem-sucedido em seu lugar.



6) Indícios de Cartel

6.6. Propostas com formação ou elementos textuais similares ou arquivos com metadados coincidentes

- **Atenção:** cuidado para não confundir como modelo da proposta disponibilizado com o edital;
- Observar se há erros de grafia de palavras semelhantes, iniciais maiúsculas/minúsculas;
- Observar se há elementos textuais (espaçamentos duplos, disposição do texto, fonte etc.) semelhantes;
- Observar os anexos e buscar arquivos nomeados de forma similar, datas de modificação idênticas;
- Observar certidões emitidas no mesmo dia e com pouca diferença de tempo;
- Observar data e hora da juntada da documentação no sistema;
- Observar se há metadados comuns entre os arquivos anexados.

6) Indícios de Cartel

6.7. Subcontratação de concorrentes que participaram do certame

A subcontratação, também passível de ser autorizada em licitações públicas, é um instituto por meio do qual o contratado transfere parte de uma obra ou serviço para ser executada por terceiro. Em certas situações, os concorrentes podem se valer desse instituto para implementar seus acordos anticompetitivos, como no caso de empresas que suprimiram propostas ou apresentaram propostas de cobertura serem recompensadas com contratos de subcontratação.

Dessa forma, a subcontratação das empresas colaboradoras permite que os lucros excepcionalmente elevados – fruto da ausência de competitividade derivada do acordo colusivo firmado entre as concorrentes – sejam divididos entre os participantes do cartel.

Novamente, não se está aqui a afirmar que a subcontratação é, sempre e necessariamente, o resultado de um acordo entre concorrentes. Os potenciais riscos de tal instituto, no que se refere às possíveis estratégias colusivas disponíveis às empresas licitantes, devem, contudo, ser analisados no âmbito de investigações acerca do comportamento colusivo de empresas em licitações públicas.



6) Indícios de Cartel

6.8. Divisão de mercado (de lotes) e comportamento atípico do valor das propostas

A estratégia de divisão de mercado envolve a combinação de um esquema de apresentação de propostas com o objetivo de repartir o mercado de alguma forma entre os membros do conluio.

A repartição pode referir-se, por exemplo, a lotes de uma mesma licitação. O agente de contratações/pregoeiro deve estar atento para indícios de “divisão” de lotes, como comportamentos atípicos das propostas para objetos semelhantes.

