

FRAUDES EM LICITAÇÕES: O IMPACTO DO MERGULHO DE PREÇOS E O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

FRAUDS IN BIDDING: THE IMPACT OF PRICE DIVE AND ECONOMIC-FINANCIAL REBALANCING

André Martins Pereira Neto¹

RESUMO

Este artigo aborda o processo de licitação na Administração Pública, cujo objetivo é contratar bens, serviços e obras para atender às necessidades da sociedade. A licitação é um procedimento legal e formal pelo qual o Estado seleciona fornecedores, visando satisfazer tanto os interesses imediatos quanto os mediatos da coletividade. Após a conclusão da licitação, ocorre a celebração de contratos administrativos entre o Estado e os particulares. Esses contratos têm características específicas que visam proteger os interesses públicos e estabelecer responsabilidades em caso de não cumprimento das normas. No entanto, o processo de licitação enfrenta desafios, como práticas ilícitas por parte de licitantes que buscam garantir sua vitória e lucrar com contratos públicos. A legislação de licitações e contratos estabelece regras claras para distinguir o que é permitido do que é proibido, com sanções administrativas, civis e até penais para infrações. Um problema comum é a estratégia de licitantes de apresentar preços manifestamente inexequíveis para desestimular a concorrência e ganhar a licitação. Isso levanta a questão de saber se essa prática, seguida pelo pedido de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos após a assinatura, configura o crime de frustração do caráter competitivo do certame previsto no art. 337 F do Código Penal, introduzido pela Lei nº 14.133/2021. O artigo busca analisar essa conduta, explorando aspectos gerais das licitações e contratos públicos, a evolução histórica dos crimes relacionados a essas práticas, os bens jurídicos envolvidos e as características do tipo penal em questão. Também examina a estratégia do "mergulho no preço" como meio de frustrar o caráter competitivo da licitação. A pesquisa utiliza uma abordagem dedutiva qualitativa, com base em pesquisa documental e bibliográfica para atingir seus objetivos.

Palavras-chave: Licitações; contratos; crimes licitatórios; caráter competitivo.

ABSTRACT

This article delves into the procurement process within the Public Administration, with the aim of contracting goods, services, and works to meet the needs of society. Bidding is a formal and legal procedure by which the State selects suppliers, intending to satisfy

¹ Advogado. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Pós-Graduado em Licitações e Contratos pelo Centro de Ensino Renato Saraiva (CERS). E-mail: andremartins.licitacao@gmail.com

both immediate and long-term interests of the community. Upon the conclusion of the procurement process, administrative contracts are entered into between the State and private entities. These contracts possess specific characteristics designed to safeguard public interests and establish responsibilities in case of non-compliance with regulations. However, the procurement process often faces challenges, including illicit practices by bidders seeking to secure victory and profit from public contracts. Legislation governing procurement and contracts establishes clear rules to differentiate between what is permissible and what is forbidden, with administrative, civil, and even criminal penalties for infractions. A common problem involves bidders employing the strategy of presenting prices that are blatantly unworkable to discourage competition and secure contract awards. This raises the question of whether this practice, followed by requests for economic and financial rebalancing of contracts after signing, constitutes the crime of frustrating the competitive nature of the tender, as outlined in Article 337-F of the Penal Code, introduced by Law No. 14,133/2021. This article aims to analyze this behavior, exploring the general aspects of public procurement and contracts, the historical evolution of crimes related to such practices, the legal interests at stake, and the characteristics of the criminal offense in question. It also examines the "price diving" strategy as a means to frustrate the competitive nature of procurement. The research employs a deductive qualitative approach, relying on documentary research and bibliographical sources to achieve its objectives.

Keywords: Procurements, Contracts, Procurement Crimes, Competitive Character.

1 INTRODUÇÃO

Através do procedimento licitatório a Administração Pública contrata bens, serviços e obras para satisfazer os interesses da coletividade. A licitação, portanto, é o percurso legal e formal que o Estado deve cumprir para selecionar o fornecedor para atender os interesses mediatos e imediatos da sociedade.

Após a conclusão do procedimento licitatório e a seleção do fornecedor, é celebrado um contrato administrativo entre o Estado e o particular. Os contratos administrativos têm características específicas que visam proteger os interesses públicos e responsabilizar as partes em caso de descumprimento das normas.

No entanto, o percurso das licitações por vezes é repleto de desafios. As disputas, por ser um negócio para os licitantes, faz com que os mesmos utilizem de ferramentas ilícitas para se sagrar vencedor do certame e proferir receita com a negociação com a Administração Pública.

A lei de licitações e contratos estabelece vedações que demarcam claramente o que é lícito e ilícito. Qualquer violação dessas normas pode resultar em sanções administrativas, civis e até penais, dependendo da gravidade da infração e da existência de tipificação penal.

Por vezes nos deparamos com licitantes que, agindo com total irresponsabilidade, ofertam preços manifestamente inexequíveis com objetivo de se sagrar vencedor da licitação. Esse mergulho² no preço desestimula os concorrentes na disputa. Essa conduta imoral é sujeita as sanções administrativas prevista na Lei de Licitações. No entanto, surge o seguinte problema: o mergulho do preço seguido do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos também caracteriza o crime de frustração ao caráter competitivo do certame tipificado no art. 337-F do Código Penal, inserido pela Lei nº 14.133/2021?

A Lei nº 14.133/2021 acrescentou um novo capítulo ao título XI da Parte Especial do Código Penal, revogando os dispositivos previstos no antigo regramento na data de sua publicação.

Assim, o artigo visa analisar a conduta do particular que mergulha no preço visando ter o objeto adjudicado em seu favor para, após assinatura do contrato, requerer o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato como condição para execução.

Para atender esse objetivo geral, na primeira seção, serão analisados os aspectos gerais das licitações e contratos públicos. Num segundo momento, examinaremos o tipo penal de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do certame, a evolução histórica dos crimes relacionados as licitações e contratações públicas, os bens jurídicos e as características do tipo penal e por último, será feita a análise do ato do mergulho como meio utilizado para frustrar o caráter competitivo da licitação, o *modus operandi* dos licitantes e a tipificação da conduta. Trata-se de uma pesquisa com abordagem dedutiva de natureza qualitativa, com a utilização de pesquisa documental e bibliográfica.

2 ASPECTOS GERAIS SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Antes de adentrarmos na análise sobre os aspectos gerais das licitações e contratações públicas, importante entender a noção de Estado. O objetivo de conceituar o termo Estado é para entendermos qual a sua finalidade perante a sociedade. Assim sendo, o Estado tem como finalidade satisfazer o bem-comum, ou seja, atender aos interesses da coletividade.

² Mergulho: estratégia ou prática em que uma empresa ou indivíduo diminui seu preço além do valor de mercado, tornando inexequível a execução do contrato administrativo.

Na ciência política, o termo Estado surgiu pela primeira vez na obra de Nicolau Maquiavel, quando utilizou a frase “todos os Estados, todos os domínios que tiverem e têm poder sobre os homens foram e são repúblicas ou principados” (Maquiavel, 1496-1527, p.3).

“Atualmente, Estado é um complexo político, social e jurídico, que envolve a administração de uma sociedade estabelecida em caráter permanente em um território e dotado de poder autônomo” (Nader, 2014, p.139).

Para Azambuja, o “Estado é uma organização política-jurídica de uma sociedade para realizar o bem público, com governo próprio e território determinado”. (Azambuja, 2008, p. 23, *apud* Nitão, 2022, p. 29).

O Estado, para satisfazer o interesse público, necessita do poder como “elemento essencial constitutivo do Estado. Esse poder representa sumariamente aquela energia básica que anima a existência de uma comunidade humana num determinado território, conservando-a unida, coesa e solidária”. (Bonavides, 2000, p.133).

O Estado surgiu da necessidade de retirar o poder das mãos do homem e alocar nas mãos de uma instituição com a finalidade de preservar as vontades da sociedade (Agra, 2018). Desta forma, o Estado foi criado para solucionar os problemas da sociedade.

Com o estabelecimento do poder, o Estado dispõe de mecanismos para ordenar a vida da sociedade (Nitão, 2022). No entanto, não se pode confundir o poder instituído com o advindo da força, pois o primeiro ocorre com a anuência da sociedade (Bonavides, 2000).

Através da Administração Pública o Estado impõe o poder e desenvolve suas atividades visando satisfazer os interesses imediatos e mediatos da coletividade. Entende-se como interesses imediatos, aquelas ações que buscam satisfazer as necessidades atuais da Administração Pública, seja com a aquisição de bens, contratações de serviços, realização de obras, alienações de bens móveis ou imóveis e etc. Já os interesses mediatos seria a promoção de políticas públicas para desenvolvimento econômico, social e ambiental.

No entanto, a Administração Pública, para alcançar esses interesses, pode realizar diretamente os serviços ou contratar terceiros para realizá-los. Na contratação de terceiros, a Administração Pública carece de um procedimento prévio para selecionar seus fornecedores. Esse procedimento prévio é conhecido no ordenamento

jurídico administrativo por licitação. Essa obrigatoriedade tem fundamento constitucional no inciso XXI, art. 37 da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que os contratos administrativos para compras, serviços, obras e alienações deverão ser precedidos de um processo de licitatório.

O legislador, disciplinando o comando constitucional, editou, em 01 de abril de 2021, a Lei n.º 14.133/2021, estabelecendo normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme preconiza o inciso XXVII, art. 22º da Constituição Federal, que atribui competência à União Federal para legislar sobre normas gerais de licitação.

Portanto, licitação é o procedimento destinado a selecionar a proposta mais vantajosa para Administração, assegurando a ampla participação dos interessados, mediante critérios predeterminados e a observância dos requisitos legais exigidos (Justen Filho, 2010). Em outras palavras, licitação é o caminho percorrido pela Administração Pública buscando selecionar o fornecedor para atender determinado interesse público (Torres, 2023).

O procedimento licitatório é condicionado e orientado por princípios que condicionam e dirigem a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas (Reale, 1999).

A nova lei de licitações elenca os princípios que devem ser observados pelo aplicador da norma, dentre eles temos os princípios legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Igualmente, a lei de licitações lista os objetivos perseguidos com o processo licitatório, que são: i) assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; ii) assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; iii) evitar contratações com sobrepreço ou com preços

manifestamente inexecutáveis e superfaturamento na execução dos contratos e iv) incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Os objetivos dispostos na lei de licitações buscam garantir uma contratação eficiente, observando a igualdade entre os participantes. No âmbito das contratações públicas, o administrador deve contratar buscando a melhor satisfação da sociedade com o menor dispêndio financeiro possível. Seria a convergência da eficiência produtiva (economicidade) com a alocativa (melhor resultado para sociedade). Uma está atrelada a outra, haja vista que não compete ao agente público apenas buscar o preço mais baixo, e sim, como previsto no inciso I, art. 11 da Lei n.º 14.133/2021, assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado mais vantajoso para a Administração Pública.

Após transcorrido o procedimento licitatório e selecionado o fornecedor, é realizado o contrato administrativo. Buscando salvaguardar o interesse público, esse tipo de contratação celebrado entre o Estado e o particular, possuem características que divergem dos contratos em geral. Nos contratos administrativos, os interesses envolvidos suplantam as partes contratante e contratada. Os efeitos advindos dos contratos celebrados pela Administração Pública interessam a terceiros, ou seja, a sociedade.

Para tanto, é indispensável que as condutas durante todo o procedimento licitatório e contratual sejam orientadas pela necessidade de manutenção e preservação dos interesses comuns (Nitão, 2022).

A lei de licitações e contratos, como norma jurídica, deve ser aplicada e observada para alcançar determinado fim. Assim, as vedações impostas na norma traçam uma linha divisória entre o lícito e o ilícito (Nader, 2014). As ações lícitas são aquelas praticadas nos ditames legais, caso contrário há ilicitudes. Uma vez existente uma ilicitude, compete ao Estado exercer seu poder sancionador (Nitão, 2022). A sanção é “considerada, geralmente, medida punitiva para hipóteses de violação de normas” (Nader, 2014, p. 104).

Diante do interesse público envolvido, a Administração Pública detém prerrogativas perante o particular contratado. Essas prerrogativas, também conhecidas como cláusulas exorbitantes, buscam justamente proteger os princípios e objetivos estabelecidos na lei de licitações e contratações públicas, assim como responsabilizar os agentes públicos e particulares nos casos de descumprimento das normas postas.

As sanções impostas pelo Estado podem oscilar em intensidade proporcional à relevância do bem jurídico tutelado, insto é, o agente público e os particulares podem ser tutelados penal, civil e administrativamente (Nitão, 2022).

“A infração administrativa consiste em não cumprir ou desobedecer a algo que está ordenado ou proibido. O crime, por outro lado, envolve a realização, por meio de uma ação ou omissão, de um tipo normativo no qual apenas implicitamente podem ser encontradas ordens ou proibições” (Nieto, 2007, p. 09). A responsabilidade civil refere-se à obrigação de reparar os danos ou prejuízos causados à Administração Pública em virtude de ação ou omissão que viole seus deveres legais ou contratuais.

O artigo em estudo visa analisar a conduta do particular que mergulha³ no preço visando ter o objeto adjudicado em seu favor para, após assinatura do contrato, requerer o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato como condição para execução.

O particular que descumprir o contrato total ou parcialmente estará sujeito as sanções administrativas impostas pela lei de licitações. No entanto, o que se busca é verificar se a estratégia do mergulho também caracteriza o crime de frustração do caráter competitivo do certame, tipificado no art. 337-F do Código Penal, inserido pela Lei nº 14.133/2021.

3 O CRIME DE FRUSTRAR OU FRAUDAR O CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME

3.1 Evolução histórica dos crimes relacionados a licitações e contratações públicas

Os ilícitos cometidos nos procedimentos licitatórios ou durante a execução dos contratos administrativos por muito tempo não foram objeto de legislação específica. As legislações que trataram as licitações e contratações públicas no Brasil, antes da Constituição Federal de 1988, foram omissas quanto aos crimes licitatórios. Até mesmo o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, o grande marco da licitação no país até aquele momento, não contou com capítulo destinado aos crimes licitatórios.

³ Mergulho: estratégia ou prática em que uma empresa ou indivíduo diminui seu preço além do valor de mercado, tornando inexecutável a execução do contrato administrativo.

Até 1993, os comportamentos imorais nos procedimentos licitatórios ou na execução dos contratos administrativos eram punidos pelo Código Penal de 1940, que tipificava algumas condutas⁴, porém de forma bem ampla, não sendo suficiente para reprimir as ilicitudes específicas.

“A sociedade de há muito vinha exigindo uma legislação criminal que apenasse certos comportamentos havidos, no mínimo, como imorais, relacionados com as contratações celebradas pela Administração Pública Direta e Indireta das três esferas” (Gasparini, 2011, p. 1). Algumas condutas típicas dos procedimentos licitatórios não tinham amparo legal para incriminá-la, a exemplo das contratações sem licitação ou com preços superfaturados. As tentativas do Congresso para editar e aprovar uma nova legislação foram por diversas vezes frustradas, não atendendo os anseios da sociedade que clamava por uma nova legislação penal tratando sobre o assunto (Ibid, 2011).

Mesmo o projeto de lei que deu origem a lei federal nº 8.666/93, de lavra do Deputado Federal Roberto Pontes, no seu texto original, não previa nenhum dispositivo de natureza penal. Apenas com as modificações sofridas no Senado Federal, que foi inserido a Seção III do Capítulo IV, que trata dos crimes e das penas existentes na Lei nº 8.666/93.

Com o advento da Lei nº 14.333/2021, que revogou a Lei nº 8.666/93, foi estabelecido novas normas gerais de licitação e contratação pública, acrescentando um novo capítulo ao título XI da Parte Especial do Código Penal. Os crimes dispostos na antiga norma geral de licitações não mais existem, tendo sido revogados em 01 de abril de 2021, data da publicação do novo regramento geral (Bitencourt, 2021).

Embora tenha se mantido praticamente os mesmos crimes previstos na lei anterior, com algumas exceções, foram criados dois novos tipos e alterados alguns elementares, acrescentado ou excluindo outras. O que ficou claro foi o aumento das penas de reclusão cumuladas com multa (Ibid, 2021).

Para Bitencourt, “o legislador exagerou na exasperação das sanções penais, estabelecendo em alguns deles, por exemplo, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de reclusão e multa, visivelmente com a pretensão de excluí-los do acordo de não persecução penal (art. 28-A) do CPP” (Bitencourt, 2011, p. 134).

⁴ Art. 321, 326, 335, 336, dentre outros, todos do Código Penal

Ao criar ou modificar algum tipo penal, as sanções impostas devem ser coerentes com os demais tipos penais existentes. Nessas situações, é essencial que as medidas punitivas contra condutas ilegais sejam aplicadas de maneira coerente e proporcional, especialmente em relação a delitos que protegem o mesmo bem jurídico, como é o caso das infrações relacionadas à administração pública, apresentadas no Título XI do Código Penal (Castro, 2021).

De fato, as penas previstas nos crimes licitatórios, a partir da nova lei de licitações, tornaram-se mais severas. As razões quem sabem fujam das justificativas apontadas por Bitencourt. Talvez, o que o legislador almeja com o aumento das penas, é sancionar as condutas ilícitas proporcionalmente ao bem jurídico tutelado pela legislação. Nos crimes licitatórios, assim como nos outros crimes econômicos, o bem jurídico tutelado alcança toda a coletividade, ressaltando que nas licitações essa tutela é majorada pela proteção indireta a bens jurídicos fundamentais, como a saúde, a vida, a educação, a depender do objeto licitado.

3.2 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico é uma categoria jurídico-penal de relevância para criação e aplicação das leis. Ele atua como um critério objetivo que ajuda a determinar se a intervenção do Estado na forma de punição está dentro dos limites legais estabelecidos (Ramidoff e Ramidoff, 2018).

Como já abordado alhures, no contexto das licitações, o bem jurídico protegido está relacionado à coletividade. Nesse argumento, o interesse implícito não se limita ao órgão público que está contratando ou aos licitantes, mas abrange uma coletividade.

Isso ocorre porque a Administração Pública, visando satisfazer os interesses coletivos, utilizam recursos financeiros provenientes dos contribuintes. A partir disso, o desempenho de uma organização é considerado aceitável, bom ou satisfatório quando os problemas dos usuários e da sociedade em geral são resolvidos a partir da utilização correta dos recursos utilizados (Maximiano, 2012).

Além disso, a moralidade e a igualdade de tratamento dentro da Administração Pública são interesses que afetam todos os cidadãos, não apenas aqueles que pretendem participar das licitações. A confiabilidade e o funcionamento adequado do Estado não são apenas questões de interesse de grupos específicos, mas estão

ligados à vontade geral e aos princípios democráticos. Portanto, a intervenção penal contra os crimes relacionados a licitações decorre implicitamente dos princípios estabelecidos na Constituição (Araújo, 2012).

Acrescentando, como já mencionado na subseção anterior, temos os bens jurídicos indiretos tutelados pelos crimes licitatórios. Toda contratação pública tem como finalidade adquirir bem ou serviço com objetivos de atender os interesses da coletividade. Esses objetivos, a depender do caso, visam garantir direitos fundamentais. A existência da sanção penal tem por objetivo garantir a probidade do procedimento e proteger os direitos fundamentais.

Em resumo, a intervenção penal não se destina apenas a garantir a integridade dos procedimentos de escolha do órgão administrativo ou a proporcionar uma competição justa e livre aos licitantes. Ela também está alinhada com os fundamentos do Estado Democrático de Direito e visa proteger os interesses da sociedade (Ibid, 2012).

3.3 Características do crime do art. 337-F do Código Penal

O tipo penal previsto no art. 337-F do Código Penal, inserido pela Lei nº 14.133/2021, tem a seguinte redação: “frustrar ou fraudar, com intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do certame (Brasil, 2021)”.

O novo texto legal praticamente copiou o antigo dispositivo, excluindo os meios de execução (mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente), deixando-o aberto, podendo ser realizado de qualquer modo. A outra alteração foi em relação a elementar típica (o caráter competitivo do certame), que antes se encontrava no meio da frase e com a nova redação passou para o final (Bitencourt, 2021).

O crime de frustração ao caráter competitivo da licitação tem como sujeito ativo qualquer pessoa e como sujeito passivo, podemos ter também uma pessoa, física ou jurídica, podendo existir dois ou mais sujeitos passivos, incluindo o estado, que tem a moralidade administrativa e a regularidade do procedimento licitatório comprometido com a fraude ou frustração do certame (Ibid, 2021).

O sujeito ativo pode agir sozinho ou mediante ajuste com outras pessoas, podendo ser outros licitantes ou agentes públicos, com objetivo de fraudar ou frustrar a competição do certame.

Entende-se por frustrar, o ato de enganar, tornar inútil a competitividade da licitação. Como exemplo, podemos citar a ação do agente público que, acertado com um licitante, inclui cláusula no edital da licitação que restrinja a participação de outros buscando favorecer seu comparsa (Gasparini, 2011).

Fraudar, por sua vez, significa enganar, iludir, ludibriar o caráter competitivo do certame (Ibid, 2011). “Assim, caracteriza meio fraudulento qualquer artimanha utilizada para enganar, mascarar ou alterar a forma procedimental ou o caráter competitivo da licitação” (Bitencourt, 2021, p. 200). Exemplo de fraude a competição nas licitações é o ato que dois ou mais licitantes ajustam e loteiam para cada participante uma parcela dos objetos licitados, simulando uma competição inexistente (conluio).

O elemento subjetivo do crime é o dolo, a vontade livre e consciente de frustrar ou fraudar, por qualquer meio, a competição da licitação com objetivo de ter o objeto adjudicado em seu favor ou de terceiros (Ibid, 2021). Trata-se de um delito de dano, e, portanto, é fundamental comprovar que a manobra fraudulenta ou que visa frustrar o processo licitatório eliminou a natureza competitiva da licitação. No entanto, não é obrigatório que haja um dano real aos recursos públicos para que o crime ocorra. A simples remoção da característica competitiva da concorrência é suficiente para configurar o crime, enquanto qualquer dano ao erário resultante da manobra fraudulenta é considerado apenas como uma consequência adicional do delito. O crime de fraude à licitação é formal, e sua consumação prescinde da comprovação do prejuízo ou da obtenção de vantagem.⁵

Em ambas hipóteses, (frustrar ou fraudar), a consumação não está atrelada a obtenção da vantagem, sendo suficiente a vontade do agente em obtê-la, cabendo, portanto, a tentativa nesses casos. Para que a tentativa seja punível, é necessário pelo menos o início da execução do ato ilícito (Ibid, 2021).

A ação penal nos crimes licitatórios previstos na Lei nº 14.133/2021 são todos de ação pública incondicionada, sendo possível ação penal privada subsidiada da pública nos casos de não ajuizamento no prazo legal (Ibid, 2021).

⁵ Súmula 645 do STJ.

4 O MERGULHO COMO MEIO UTILIZADO PARA FRUSTRAR E FRAUDAR A LICITAÇÃO SEGUIDO DO PEDIDO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

4.1 O *Modus Operandi*

A licitação como forma de selecionar o fornecedor para atender os interesses imediatos e mediatos da Administração Pública é considerada uma atividade mercantil. De um lado encontra-se a Administração Pública buscando satisfazer os interesses públicos contratando pessoas físicas ou jurídicas para fornecimento de bens ou serviços com o menor dispêndio financeiro possível. Do outro lado do negócio jurídico encontram-se os particulares que utilizam as compras públicas como um negócio para obter lucro. Eros Grau, citando a obra de Henry Jacquot, afirma que: nas contratações públicas, “as partes têm interesses opostos e desejam coisas diferentes: o vendedor quer desapossar-se de um bem com a condição de receber em troca o mais elevado preço possível; o comprador deseja adquirir o mesmo bem, pagando o menor preço possível” (*Le statut juridique des plans français*, Paris, 1973, p. 226, apud, Di Pietro, 2022, p. 309),

O procedimento licitatório busca reduzir a assimetria de informações entre a Administração Pública e o mercado. “A assimetria de informação ocorre quando uma das partes, em uma negociação, tem um conjunto informacional diferente daquele conhecido pela outra parte” (Camelo; Nóbrega; Torres, 2022, p. 35). Quando as informações não são adequadamente reveladas, pode levar a decisões inadequadas, ineficiências nas contratações e até mesmo a possibilidade de corrupção.

É o que ocorre nas contratações públicas, em que o particular detém maior conhecimento do mercado do que a Administração Pública, acarretando muitas das vezes a contratação de bens e serviços de má qualidade (seleção adversa) ou o comportamento oportunista do particular que tenta maximizar seu lucro (risco moral) (Camelo; Nóbrega; Torres, 2022).

Tendo como objetivo revelar informação entre as partes, a licitação é considerada um “jogo”, pois busca o equilíbrio entre o menor preço almejado pela Administração e a maximização dos lucros cobiçado pelos particulares (Amorim, 2022).

Ocorre que alguns licitantes utilizam dessa desinformação por parte da Administração Pública para se sagrar vencedor dos certames e ter o objeto adjudicado

em seu favor utilizando de meios ilícitos. Ao longo de nossa experiência profissional no campo jurídico, seja atuando como Assessor Jurídico ou consultor em processos de licitações e contratações públicas para órgãos governamentais, observamos uma tendência recorrente entre os licitantes: a prática de reduzir significativamente seus preços, indo além do preço de reserva, durante a etapa de lances. Este comportamento resulta em diversas desvantagens para a Administração Pública, que enfrenta dificuldades em realizar contratações eficientes, comprometendo a entrega dos bens ou a execução dos serviços conforme o planejado.

O *modus operandi* é sempre o mesmo! Em uma licitação, na fase de lances eletrônicos ou verbais, os licitantes, de forma irresponsável, “mergulham” no preço para se sagrar vencedor do certame. Geralmente ocorre nas licitações com o modo de disputa aberto, em que os participantes ofertam lances sucessivos crescente ou decrescente, até que o preço alcance sua valoração máxima, quando o licitante desiste de ofertar novo lance (Nóbrega, 2020).

Vejam que o combustível para revelação das informações é a apresentação do preço do concorrente. A medida que um participante vai ofertando seu lance o outro vai cobrindo a oferta. O problema no caso do mergulho é que não existe valoração do produto, o licitante sairá vencedor de qualquer forma, mesmo com preço inexecutável.

A legislação prevê medidas para coibir a apresentação de propostas com preços inexecutáveis, visando assegurar que as ofertas sejam capazes de entregar os resultados mais benéficos para a Administração Pública. Contudo, em algumas situações, o agente público responsável pela licitação pode não ter dado a devida atenção ou pode ter sido induzido ao erro pelo licitante, resultando na adjudicação de um contrato com um preço inexecutável.

Após a adjudicação do objeto, o licitante aproxima-se da realização de seu objetivo. Seguindo esse ponto, existem várias estratégias que os licitantes podem adotar. Contudo, focaremos na análise de duas dessas estratégias: i) quando convocado para assinar o contrato ou ata de registro de preço condicionam a assinatura ao deferimento posterior do reequilíbrio econômico-financeiro; ii) após assinar o contrato ou ata de registro de preço condicionam o início da execução do objeto ao deferimento pela Administração do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O objetivo dos licitantes é um só, ser beneficiado posteriormente a assinatura do contrato com a revisão dos preços através do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro sem que estejam preenchidos os requisitos legais para a concessão.

Empresas como essas atuam sem responsabilidade para com os serviços públicos, contra a moralidade das contratações públicas e atentando contra a isonomia das licitações. Usam, muitas das vezes, da fragilidade da Administração Pública de adquirir o produto licitado ou contratado para atender serviço público urgente, que diante da necessidade de solucionar um caso concreto acaba acatando o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato mesmo que de forma indevida.

Seguindo com o *modus operandi*, quando o pedido é aceito, “bingo”, concretizou-se o objetivo. Já quando não é acatado, os licitantes solicitam a desistência da proposta, muitas das vezes alegando erro, nos casos de ainda não ter assinado o instrumento contratual ou requerem a rescisão bilateral (amigável) do contrato, quando já formalizado a relação contratual.

Para essas condutas existem previsão legal para sanção administrativa, seja por não celebrar contrato ou pela inexecução total da avença. No entanto, o objetivo do presente artigo, conforme exposto alhures, é analisar se os comportamentos também se caracterizam como crime previsto no art. 337-F do código penal.

4.2 Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato

Com o objetivo de preservar a estabilidade econômica do contrato, a Constituição Federal estipulou a necessidade de manter as condições efetivas da proposta. No inciso XXI do seu artigo 37, a Constituição Federal assegura a preservação das condições efetivas da proposta.

A Lei nº 14.133/2021, ao regulamentar essa disposição constitucional, introduziu três possibilidades: reajuste (em sentido estrito) e repactuação (reajuste em sentido amplo), ambos relacionados a eventos ordinários, e o reequilíbrio econômico-financeiro, vinculado a eventos extraordinários imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis (álea extraordinária) não contemplados pelo contratante devido às disposições contratuais (extracontratuais), conforme previsto na Lei de Licitações:

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

“O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo significa a relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente” (Justen Filho, 2021, p.1372). No entanto, esse direito deve ser possível, tanto para o contratado como para a Administração (Torres, 2023). A ausência dessa garantia ao contratado resultaria em propostas que já incluiriam esses custos potenciais no valor apresentado durante o processo de licitação. Com o equilíbrio contratual garantido, os licitantes tendem a reduzir seus preços, uma vez que não precisam mais incluir esses custos incertos, o que possibilita que a proposta vencedora seja mais vantajosa. A segurança jurídica incentiva investimentos, criando um ambiente competitivo que atrai mais participantes a licitações públicas, beneficiando a escolha da melhor proposta (Ibid, 2023).

Embora o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato não esteja vinculado ao princípio da anualidade, “a análise do reconhecimento de reequilíbrio econômico em razão de determinado fato jurídico, com repercussão econômica, exige a demonstração que ele se configura como álea extraordinária e extracontratual. Enquanto álea extraordinária, deve ser identificado a condição de fato imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis, que tenha repercussão econômico-financeira no valor contratado; enquanto álea extracontratual, deve ser identificado se o contrato firmado não previa que o risco deste “fato” deveria ser absolvido pelo solicitante” (Torres, 2023, p. 707).

Conforme pudemos verificar na conduta apresentada, os licitantes utilizam de meio ardil para ter o objeto adjudicado. Após sagrar-se vencedor solicita a revisão dos preços apresentados, alegando que houve fato superveniente que alterou as condições efetivas da proposta. No entanto, na maioria dos casos, tentam ludibriar a Administração Pública com apresentação de documentos que não comprovam o fato gerador.

4.3 Da tipificação da conduta

Desse modo, nos resta analisar se o comportamento desses licitantes se enquadra no tipo penal do art. 337-F do código penal, comparando o *modus operandi* com os requisitos e características do tipo penal incriminador.

Ademais, importante esclarecer que não encontramos na doutrina nem na jurisprudência nenhum escrito tratando especificamente do comportamento estudado, motivo pelo qual os argumentos para caracterização do delito partirão da análise do caso estudado.

O mergulho do preço nas licitações desencoraja os licitantes responsáveis a lançar seus preços, inviabilizando a competição, pois os valores são tão baixos que não podem ser alcançados de forma realista. Nenhum licitante responsável irá participar de uma disputa sem que tenha condições efetivas de executar o objeto. Essa atitude é reservada aos licitantes irresponsáveis que tentam a todo custo ganhar a licitação e depois tentar renegociar o contrato com preços mais elevados. Essa conduta, *per si*, caracteriza a frustração e fraude ao caráter competitivo do certame.

Vejam que o objetivo do licitante no exemplo abordado é se beneficiar com o resultado favorável da licitação. O elemento subjetivo do crime está devidamente caracterizado na vontade livre e consciente de frustrar a livre concorrência por meio do lance inexequível. Independente do resultado dessa conduta, a manobra de frustrar a competição para se tornar vencedor já configura o crime, pois a sua consumação prescinde da comprovação da vantagem.

A adjudicação do objeto nessas condições seria a consumação do delito. Já a revisão do preço do contrato por meio do reequilíbrio econômico-financeiro de forma indevida é considerada uma consequência adicional do crime. Contudo, o requerimento da revisão do preço sem o devido fato gerador caracteriza a confirmação do dolo, a vontade livre e consciente de frustrar e fraudar o caráter competitivo do certame para se sagrar vencedor da licitação e posteriormente ter os valores contratados revisados. Seria a última ação em busca do “crime perfeito”.

Destarte, não podemos deixar de esclarecer que o agente público que agir com dolo ou erro grosseiro no desempenho de suas atividades poderá ser responsabilizado penal, civil e administrativamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme ficou demonstrado, o comportamento do licitante de apresentar preço inexequível nas licitações alcança não apenas as partes envolvidas diretamente na relação, Estado e particular, mas toda a coletividade. Essa conduta lesiona indiretamente os bens jurídicos fundamentais e de forma direta os princípios constitucionais e legais instituídos na Constituição Federal e na Lei de Licitações, assim como a livre competição entre os participantes em busca da proposta apta a gerar o resultado mais vantajoso para Administração Pública.

Pautado no bem jurídico tutelado nos crimes licitatórios, o mergulho nas licitações pode caracterizar o crime previsto no art. 337-F do Código Penal, notadamente quando é seguido do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato sem que esteja presente os requisitos para concessão, ato que configura o elemento subjetivo do delito, o dolo.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **A Fase de Lances na Nova Lei de Licitações sob a Perspectiva da “Teoria dos Leilões”: contributos para a futura regulamentação dos modos de disputa.** Disponível em:

<https://www.novaleilicao.com.br/2021/04/26/a-fase-de-lances-na-nova-lei-de-licitacoes-sob-a-perspectiva-da-teoria-dos-leiloes-contributos-para-a-futura-regulamentacao-dos-modos-de-disputa/>. Acesso em: 03/10/2023.

ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de. **Intervenção penal nas licitações.**

Dissertação apresentada objetivando a obtenção do título de Mestre em Direito Penal à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Livre- Docente Antonio Carlos da Ponte. São Paulo. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal das Licitações.** 2ª edição. São Paulo. Editora: Saraiva, 2021.

BRASIL. **Lei n.º 14.133, de 02 de abril de 2021.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 01 abril 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

CAMELO, Bradson, NÓBREGA, Marcos e TORRES, Ronny Charles L. de. **Análise econômica das licitações e contratos de acordo com a Lei n.º 14.133/2021.** Belo Horizonte. Editora: Fórum, 2022.

CASTRO, Pablo Domingues Ferreira de. **A nova lei de licitações: As lições de Zaffaroni, a inconstitucionalidade no recrudescimento de penas e o retrocesso na justiça penal negociada.** Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/depeso/343576/a-nova-lei-de-licitacoes>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada** – 13ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GASPARINI, Diogenes. **Crimes na Licitação.** 4ª edição. São Paulo: Editora NDJ, 2011.

MARÇAL, Justen Filho. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 14. ed. São Paulo: Dialética. 2010.

MARÇAL, Justen Filho. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

MAXIMIANO, A. C. A. **Teoria geral da administração: da revolução urbana à revolução digital.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe.** Com notas de Napoleão Bonaparte e Cristina da Suécia Tradução de Mário e Celestino da Silva. Senado Federal, Brasília, 2019.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** 36ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NIETO, Alejandro. **Régimen sancionador de las administraciones públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivador del Derecho Administrativo Sancionador.** Disponível em:
<http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/316>. Acesso em: 03/10/2023.

LOUREIRO, Carlos Henrique Benedito Nitão. **Entre as alternativas possíveis e o erro grosseiro nas contratações públicas. A LINDB e os impactos na responsabilização do agente público** – Londrina, Thoth, 2022.

NÓBREGA, Marcos. **Direito e economia da infraestrutura.** Belo Horizonte: Fórum, 2020. Ebook Kindle.

RAMIDOFF, Mário Luiz e RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. **Bem Jurídico no Direito Penal Econômico: Uma Abordagem Criminológico-Crítica.** Revista Internacional Consinter de Direito, nº VII, 2º semestre de 2018.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas.** 14 ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.