



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
CURSO DE DIREITO**

PAULA MIRANDA DE FREITAS

**LICITAÇÃO: INEFICIÊNCIA DO RIGOR EXCESSIVO NAS EXIGÊNCIAS
BUROCRÁTICAS ADOTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS
CONTRATAÇÕES E CELEBRAÇÕES DE CONTRATOS, DE ACORDO
COM A LEI 8.666/93.**

Juiz de Fora - MG

2016

PAULA MIRANDA DE FREITAS

**LICITAÇÃO: INEFICIÊNCIA DO RIGOR EXCESSIVO NAS EXIGÊNCIAS
BUROCRÁTICAS ADOTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS
CONTRATAÇÕES E CELEBRAÇÕES DE CONTRATOS, DE ACORDO
COM A LEI 8.666/93.**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Hermes Machado

**JUIZ DE FORA
2016**

FOLHA DE APROVAÇÃO

PAULA MIRANDA DE FREITAS

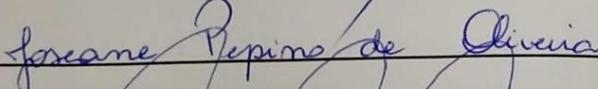
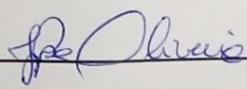
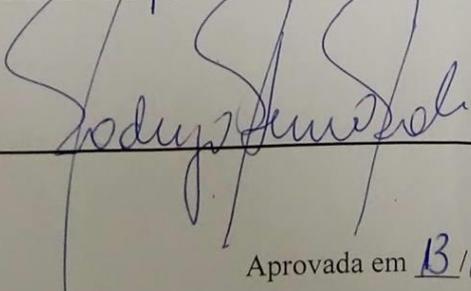
Aluno

LIQUITAÇÃO. INEFICIÊNCIA DO RIGOR EXCESSIVO NAS EXIGÊNCIAS BUCROCRÁTICAS
ADOTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS CONTRATAÇÕES E CELEBRAÇÕES
DE CONTRATOS, DE ACORDO C/ A LEI 8666/93.

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente
Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

 HERMES MACHADO DA FONSECA
 JOSEANE PEPINO DE OLIVEIRA  J. OLIVEIRA
 JODYR ALMEIDA

Aprovada em 13/12/2016.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por te me sustentado durante todo esse processo.

A essa faculdade, seu corpo docente, direção e administração por toda apoio recebido.

Ao meu orientador, pelo carinho, empenho, paciência e por todo o tempo que me foi dedicado à conclusão desse projeto.

A minha querida mãe, heroína pelo incentivo no decorrer dessa caminhada.

A todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para minha formação, o meu muito obrigada.

Eis que Deus é a minha salvação; nele confiarei, e não temerei, porque o SENHOR
DEUS é a minha força e o meu cântico, e se tornou a minha salvação.

Isaías 12:2

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a ineficiência do rigor excessivo nas exigências burocráticas adotadas pela administração pública nas contratações e celebrações de contratos conforme estabelecido na lei 8.666/93 para a inibição de fraudes no certame. Na fundamentação teórica buscou-se explicar como surgiu a lei de licitações fazendo uma breve passagem nas fases históricas da Administração Pública. O trabalho também fez comentários a Lei 8.666/93, base legal do presente. A abordagem problema se deu de forma a apresentar um caso verídico e abordou as operações instauradas de forma a inibir o avanço das fraudes licitatórias.

Palavras-chave: Licitação. Fraudes. Administração Pública.

Lista de Ilustrações

Figura 1: Fluxograma da Fase Interna	31
Figura 2: Fluxograma da Fase Externa.....	32
Figura 3: Documentos acumulados no processo licitatório apresentado.....	45
Gráfico 2: Tipos de Fraudes Investigadas pela Polícia Federal em agosto de 2016.....	44
Quadro 1: Modalidades e Valores dos Processos Licitatórios.....	27
Quadro 2: Tipos de Fraudes da Investigação da Polícia Federal.....	40

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	11
2.1 Evolução Histórica	11
2.1.1 Administração Pública Patrimonial.....	11
2.1.2 Administração Pública Burocrática.....	12
2.1.3 Administração Gerencial.....	13
2.1.4 A Origem das Licitações	14
3. A LEI DE LICITAÇÕES 8.666 DE 1993	16
3.1 Conceito	16
3.2 A burocracia e a Lei de Licitações	16
3.3 Princípios que norteiam a Lei 8.666/93	18
3.3.1 Princípio da Legalidade.....	18
3.3.2 Princípio da Moralidade	18
3.3.3 Princípio da Isonomia.....	19
3.3.4 Princípio da Publicidade.....	19
3.3.5 Princípio da Impessoalidade.....	19
3.3.6 Princípio da Vinculação do Instrumento Convocatório	20
3.3.7 Princípio do Julgamento Objetivo.....	20
3.3.8 Princípio da Proibição Administrativa	20
4 O PROCESSO LICITATÓRIO	22
4.1 A Logística do Procedimento	22
4.1.1 Tipos.....	23
4.1.2 Modalidades	24
4.1.3 A fase externa do processo licitatório	27
5 A HABILITAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO	33
5.1 Habilitação jurídica	33
5.2 Regularidade Fiscal	34
5.3 Qualificação Técnica	34
5.4 Qualificação Econômica Financeira	35
5.5 Regularidade Trabalhista	36
6 ESTUDO DE CASO	37
6.1 Introdução	37
6.2 Apresentação do Problema	37
6.2.1 Caso 1: A Empresa que apenas assina com a Administração	38
6.2.2 Caso 2: As operações especiais da Polícia Federal	38
6.3 Conclusão	40
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

Esse trabalho tem como intuito demonstrar a ineficiência do rigor excessivo nas exigências burocráticas, praticadas pela Administração Pública seguindo as diretrizes da Lei 8.666/93, nas contratações e celebrações de contratos com as empresas que demonstrem interesse em participar dos Processos Licitatórios.

Essa burocratização é uma agravante e facilitadora de fraudes, com as infinitas imposições de um rigor imoderado apenas para o cumprimento de obrigações tributárias, fiscais e documentais, fazendo com que empresas que não possuem o “perfil documental” exigido pela lei, recorram àquelas “especializadas” em apenas assinar contratos com a Administração Pública, mascarando a verdadeira empresa que fornece o item contratado ou serviço a ser executado, onerando os preços ofertados, adotando procedimentos irregulares, inobservando os preceitos legais, inadimplências e demais crimes cometidos por todos os envolvidos no certame¹.

O termo Licitação, não tão comum para a população em geral, nada mais é que o procedimento legal obrigatório a ser cumprido pela Administração Pública para a contratação e celebração de contratos para um determinado produto e/ou serviço, devendo essa contratação ser realizada de acordo com os princípios elencados na referida Lei, como também, os especificados no artigo 37 da Carta Magna Brasileira, visto que, em regra, a Administração não pode contratar livremente.

Com características próprias, a Lei 8.666/93 enumera várias etapas que deverão ser cumpridas e respeitadas no processo as quais serão apresentadas, para um melhor entendimento, mais a frente no presente trabalho para um melhor entendimento.

Será visto mais especificadamente a fase de habilitação onde constam as exigências legais definidas na Lei de Licitações, incluindo a documentação correspondente à regularidade fiscal e trabalhista, qualificação econômico-financeira, habilitação jurídica e qualificação técnica.

Contudo, nem mesmo toda a rigidez exigida na fase de habilitação impede que empresas e agentes públicos associem-se para fraudar determinados processos licitatórios, para demonstrar a problemática exemplificaremos com a Operação Kamikaze II (MT): “Operação conjunta do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, antiga Controladoria-Geral da União, Ministério Público Federal e Polícia Federal, deflagrada em 4

¹ Evento, reunião com data marcada, conforme estabelecido em Edital, para dar início às fases do processo licitatório.

de agosto de 2016, com o objetivo de desarticular um grupo criminoso que se utilizava de atestados fraudulentos e documentação contábil fictícia, para poder demonstrar capacidade técnica e econômica nos certames licitatórios do Governo Federal. A investigação teve início a partir de constatações realizadas pela Controladoria Geral da União, as quais apontavam diversas irregularidades nos documentos fiscais, jurídicos, contábeis e técnicos da empresa licitante, o qual participou de licitações no Acre, Rondônia e Mato Grosso (Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. ”

Visando não apenas demonstrar a fraqueza nessa etapa do certame, mas como também, promover a agilidade, a economicidade e a modernidade do procedimento licitatório, necessário se faz ao ordenamento jurídico permitir que a Administração Pública crie caminhos mais eficientes e abrangentes para alcançar seus objetivos, evitando a fraude e desvios ao erário como se observa constantemente nos meios de comunicação.

Tal pesquisa foi motivada tencionando a necessidade de uma modernização nesse procedimento, especialmente na fase de Habilitação dos Licitantes, até então utilizado pela administração, para suas contratações, tornando-o mais ágil, econômico e transparente sem, contudo, violar princípios e regras do ordenamento jurídico, demonstrando ainda a fragilidade de todo rigor exigido para participação no certame acerca da Lei 8.666/93. Trata-se de uma pesquisa aplicada tendo em vista a geração de conhecimentos sob as fases do processo licitatório, especificadamente na Habilitação. Para concretizar os objetivos citados, o presente trabalho foi desenvolvido em capítulos cuja metodologia consiste na pesquisa bibliográfica e descritiva, com consulta à jurisprudência, e exemplos de casos.

Inicialmente, será apresentado um histórico geral da Administração Pública, seus conceitos e princípios, em seguida partiremos para a definição e a evolução dos contratos com a Administração, mencionando a Lei regulamentadora das Licitações e Contratos Administrativos – Lei Federal nº 8.666 de 21/06/1993 – e demais legislações pertinentes, descrição das modalidades, tipos e ainda as fases de todo o procedimento licitatório. Posteriormente abordaremos como as empresas se especializam em apenas assinar com a Administração, sem mesmo produzir ou executar os serviços ofertados, fazendo referência a um estudo de caso e as inúmeras operações especiais instauradas pela Polícia Federal. Por fim, será evidenciada a necessidade da modernização desse sistema para uma efetiva contratação correlacionando com a eficácia do sistema público, rotinas administrativas, controle interno e responsabilidade dos servidores que atuam na área de licitações.

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O entendimento de administração, pela doutrina é conceituado como:

Considerando ser a Administração Pública objeto básica do direito administrativo, a acepção do vocábulo “administração”, corresponde exatamente ao vocábulo “Administração Pública”, sendo, portanto, os dois vocábulos, para efeitos de direito administrativo, sinônimos referidos. Nesse sentido, o conceito de “Administração” ou “Administração Pública”, à luz do direito administrativo, é exatamente o de atividade que o Estado desenvolve, por meio de seus órgãos, para a consecução do interesse público.

Toshio Mukai conceitua Administração Pública:

[...] é não só Governo, Poder Executivo, a complexa máquina administrativa, o pessoal que a movimenta, como também a atividade desenvolvida por esse aparelhamento, que possibilita ao Estado o preenchimento de seus fins [...] ²

A administração pública possui ainda um sentido subjetivo ou formal, e também um sentido objetivo ou material, conforme transcrito abaixo:

Basicamente, são dois os sentidos em que se utiliza mais comumente a expressão Administração Pública: a) em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa; b) em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo (DI PIETRO, 2006, p.54).

Representada pelo conjunto de ações que compõem a função administrativa tendo como objetivo o interesse público assegurando a satisfação das necessidades da sociedade como um todo, destacando a segurança, saúde, bem estar da população, entre outros, a Administração Pública se aperfeiçoou com o tempo passando por três modelos: O da Administração Pública Patrimonial, Administração Pública Burocrática e Administração Pública Gerencial.

2.1 Evolução Histórica

2.1.1 Administração Pública Patrimonial

Nos primórdios do século XVIII e até meados de 1930, trazido pelos Europeus, nesse modelo de administração não há separação do público e do particular, os bens do Estado se confundem com os bens dos governantes, que usavam de suas posições e seus cargos para auferir vantagens pessoais, verifica-se uma confusão patrimonial entre o Estado e aqueles que o governam.

Bresser Pereira, em um de seus importantes estudos em O Aparelho Reformador do Estado, menciona que:

“No patrimonialismo, o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem status de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A res publica não é diferenciada das res principis. Em consequência, a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração.” (PDRAE, 1995, p.15)

Como resultado temos o prejuízo para toda a população, destacavam a corrupção, dissipação do patrimônio público e nepotismo. O interesse público é desprezado pelo “administrador”.

Por fim, mesmo nos dias de hoje e, se passado décadas e décadas, ainda podemos perceber que esse modelo de gestão ainda persiste, de uma forma mais discreta, lógico, mas ainda bem efetiva utilizada por maus gestores que usam da discricionariedade fornecida pela lei e até mesmo do rigor excessivo de determinados processos, objetivo do nosso estudo, para auferir vantagens pessoais, nepotismo, desvios e corrupção. Nesse período, mesmo que na Europa já se ouvia indícios de um processo licitatório, no Brasil ainda era uma realidade muito distante.

2.1.2 Administração Pública Burocrática

Esse modelo de Administração influenciou a Constituição de 1988. Com o capitalismo industrial e as democracias, por volta do século XIX, não se sustentava mais os moldes da Administração Patrimonialista, sendo assim, aprimorou-se para a Administração Pública Burocrática, empossada no Brasil, em 1936.

Adveio com a reforma administrativa promovida por Maurício Nabuco e Luís Simões Lopes, com o principal objetivo de separar o público do privado, combater o nepotismo e a corrupção. Nesse modelo há a separação entre o político e o administrador público, surgindo assim às burocracias públicas, de forma hierarquizada e controle focado nos processos, controlando assim os abusos praticados na Administração Patrimonialista.

Porém, com o crescimento do Estado Social, esse modelo se tornou rudimentar, demonstrando o quanto era lenta, onerosa, autorreferida, pouco ou nada funcional para o atendimento das demandas da sociedade como um todo, tornando-se impraticável tal modelo diante do crescimento do Estado.

Nesse período havia algumas regras sobre Licitação com o único objetivo de demonstrar ao Poder Público as vantagens que o Estado estava recebendo com as vendas, compras, obras e serviços de interesse estatal.

2.1.3 Administração Gerencial

Com o crescimento da globalização e a crise dos anos 80, o Estado já consegue suportar as diretrizes traçadas pela administração burocrática, nesse período foi necessário redefinir suas funções, o papel estatal muda drasticamente, passa do momento estaque de proteger sua economia do mundo internacional para competir nesse mundo. Seu novo papel é o de facilitar para que a economia nacional se torne internacionalmente competitiva.

Sendo assim, nessa nova busca a administração burocrática já não fazia mais sentido e surge uma nova proposta, a administração gerencial.

Conforme observou Fernando Henrique Cardoso (1996: MARE):

A globalização modificou o papel do Estado... a ênfase da intervenção governamental agora dirigida quase exclusivamente para tornar possível às economias nacionais desenvolverem e sustentarem condições estruturais de competitividade em escala global.

Caracterizada por formas modernas de gerir a máquina pública, esse modelo de administração modificou os parâmetros de execução no controle dos serviços públicos enfatizando a eficiência, a qualidade e a efetivação do regime democrático, modifica também as relações definidas entre o poder público e seus agentes mediante a participação mais ativa dos cidadãos.

Os primeiros sinais dessa transição foram vislumbrados com a fundação do DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público), na década de 30, verificou-se o primeiro passo para a implantação de um serviço público estruturado com o objetivo de tornar a coisa pública transparente com a realização de concurso público e criando critérios para a aquisição de bens e serviços.

Posteriormente surgiu o Decreto Lei 200 em 1967, que foi o marco principal da reforma administrativa no País promovendo a transferência das atividades de produção de

bens e serviço para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como a instituição da racionalidade administrativa, planejamento, orçamento, descentralização e controle de resultados como princípios.

Com a transformação do Estado Social em Estado Regulador, as preocupações do Estado se voltam para funções gerenciais, de gestão do patrimônio e das tarefas do Estado, focando nos princípios constitucionais na busca de atingir metas com a eficiência necessária, deixando para trás as estruturas rígidas e o controle de procedimento extensivo da administração burocrática.

O eixo nesse terceiro modelo de Administração foi o princípio da eficiência, Emerson Gabardo, em sua obra “Eficiência e Legitimidade do Estado”, assim contextualiza o princípio da eficiência:

No Brasil, a eficiência tornou-se princípio constitucional expresso a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou a redação do caput do artigo 37. Isso não implica asserir que a reforma introduziu uma novidade no sistema administrativo nacional. O princípio constitucional da eficiência administrativa já se denotava implícito na Carga Magna. Assim sendo, é importante considerar que a natureza da eficiência como norma constitucional não compreenderá a essência neoliberal que permeou os trabalhos reformadores. A eficiência como mero símbolo ou valor ideológico não se confunde com a sua manifestação jurídico-normativa.

2.1.4 A Origem das Licitações

Historicamente, especula-se que o Processo Licitatório surgiu na Europa Medieval para aquisição de bens e serviços que o Estado não possuía e não conseguia produzir. O sistema era distribuir avisos detalhando o que o Estado necessitava, bem como, o local, data e horário que a compra seria realizada. Nos dias de hoje esse aviso é conhecido com Instrumento convocatório.

Na data estabelecida, estando presentes o representante do Estado e os interessados em participar do processo iniciava-se o sistema de Vela e Pregão: o início do certame era simbolizado pelo acendimento de uma vela por cada participante, inclusive o representante do Estado, os lances eram dados até a completa queima ou até que a vela apagasse por si só e o vencedor seria aquele que ofertasse o último lance de menor preço.

No Brasil os primeiros passos para esse procedimento teve início em 1862 com o Decreto 2.926 que regulava as arrematações dos serviços do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas sendo alicerçado com o Código de Contabilidade da União - Decreto 4.536 de 1922.

Com a publicação do Decreto 200, de 1997, a Administração teve mais rigor nas suas contratações sistematizado o processo de compra atribuindo maior transparência nos certames.

Nesse período ainda não se definiu a competência para legislar sobre o tema, uns defendiam que era matéria do Direito Administrativo e outros do Direito Financeiro, esses entendiam que o Estado deveria suplementar as normas gerais e aqueles acreditavam que seria de competência legislativa de cada unidade de federação.

Essa lacuna só teve fim com a promulgação do Constituição de 1988 atribuindo à União a competência privativa para legislar sobre Licitação e Contratação, no seu artigo 22, inciso XXVII:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. (CF/88).

Como consequência, a partir de então, essa regra seria válida a toda Administração Pública.

A referência histórica no nosso País, para o processo licitatório, foi a promulgação da Lei 8.666/93. Todavia em seus 126 artigos e diversas modalidades instituídas voltam à tona os vestígios da administração burocrática, tornando o processo moroso e dificultoso dado as suas inúmeras exigências como prazos, análise documental e recursos e mesmo com todo esse rigor consegue-se evidenciar também desvios de dinheiro público, corrupção, troca de favores, voltando a era da administração patrimonialista.

3. A LEI DE LICITAÇÕES 8.666 DE 1993

3.1 Conceito

Licitação é um método utilizado pela administração pública com o objetivo de proporcionar igualdade de condições a todos os particulares que interessam em contratar com a administração, fornecendo produtos e/ou serviços. Registra Hely Lopes Meirelles (1998, p.237) que:

Licitação é um procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Pautada na Lei 8.666 de 1993, estabelece regras para a escolha das propostas que venham a ser mais vantajosas para ao interesse público.

Esse procedimento foi criado com o objetivo de uniformizar as aquisições e alienações da administração pública para um melhor controle dos gastos públicos e demonstrar transparência nessas negociações. Conforme estabelecido nas orientações do Tribunal de Contas da União - TCU:

A licitação não será sigilosa, exceto quanto ao conteúdo das propostas até serem conhecidas. São públicos e acessíveis aos cidadãos os atos do respectivo processo. Será efetuada sempre no local onde se situar a repartição interessada, salvo por motivo de interesse, devidamente justificado.

3.2 A burocracia e a Lei de Licitações

Mesmo sendo promulgada há mais de 20 anos a Lei de Licitações ainda é extremamente burocrático devido seu controle estar focado diretamente no processo.

Afirma o professor de Controladoria e Orçamento da Universidade de Fortaleza Paulo Roberto Nunes em entrevista ao Diário do Nordeste (2015) que:

São tantas as barreiras e restrições, que um processo que seria concluído em um mês leva vários meses ou nem chega a terminar. Enterra exageradamente a administração pública e não impede as fraudes. Deve ser mais aberta, estabelecer parâmetros para que se tenha uma clareza maior.

O secretário de Controle Externo do Tribunal de Contas da União Francisco Queiroz, diz que a Lei trouxe muitos avanços a administração pública, entretanto, aponta brechas na legislação, esclarece na mesma reportagem: ela tem bons princípios, agrega isonomia, formalidade, publicidade (das informações), porém virou um procedimento formal, oneroso, rígido e não totalmente protegido contra as fraudes.

A burocratização é tamanha que levou o procedimento a um excesso imoderado de verificações em papel esquecendo-se de pontos cruciais como a execução do contrato.

A lentidão nesse processo é uma herança histórica lá da época da administração burocrática que o enfoque era apenas no processo não se importando tanto com a execução.

O Ministro Adylson Motta, do Egrégio Tribunal de Contas da União, em decisão proferida em novembro de 1999, esclareceu ainda mais a matéria, decidindo que:

O apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao Erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece o interesse público e passa a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor conseqüências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do edital devem ser interpretadas como instrumentais.” (TC 004809/1999-8, Decisão 695-99, DOU 8/11/99, p.50, e BLC n. 4, 2000, p. 203).

Neste mesmo raciocínio, Maria Luiza Machado Granziera, em “Licitações e Contratos Administrativos”, dispensou adendos ao escrever: “...é necessário ponderar os interesses existentes e evitar resultados que, a pretexto de tutelar o interesse público de cumprir o edital, produza a eliminação de propostas vantajosas para os cofres públicos.

Por outro lado o entendimento do Tribunal de Contas da União nº 93/2008 determina que:

A Administração que “formalize devidamente os seus processos de contratação, fazendo constar as informações e documentos necessários a sua compreensão, inclusive os registros, documentos e fundamentos relativos às negociações entabuladas com o contratado, de forma a garantir a transparência e a identificação dos atos e fatos ocorridos durante o processo”.

Dessa forma as exigências trazidas por esse tribunal vinculam os gestores públicos a tal medida transformando o processo licitatório em um procedimento totalmente moroso, dificultoso e atrasado para uma “Era Gerencialista”.

3.3 Princípios que norteiam a Lei 8.666/93

Princípios são normas que orientam a percepção do ordenamento jurídico. Toda administração pública é vinculada aos princípios elencados no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), com esse direcionamento a lei de licitações, em seu artigo 3º, dispõe de seus próprios princípios que devem ser observados por todos os participantes do certame, são eles:

- a) Princípio da legalidade,
- b) Princípio da moralidade,
- c) Princípio da isonomia,
- d) Princípio da publicidade,
- e) Princípio da impessoalidade,
- f) Princípio da vinculação ao instrumento convocatório,
- g) Princípio do julgamento objetivo,
- h) Princípio da probidade administrativa.

3.3.1 Princípio da Legalidade

Herança da Constituição Federal de 1988, esse princípio limita a ação da administração que deverá agir sempre de acordo com o que a lei determina, impedindo que o gestor público exija além ou aquém do que a lei dispõe, devendo proceder sempre em consoante a Lei e ao Direito, tornando assim uma garantia e segurança aos licitantes.

Cabe ressaltar que essa garantia e segurança, dentro do processo licitatório, decorrem da limitação imposta por esse princípio, impedindo a administração pública criar procedimentos diferentes daqueles expressos na Lei 8.666/93. De acordo com os ensinamentos do Professor Hely L. Meirelles (1998, p.85) o princípio da legalidade para a Administração melhor se caracteriza com a expressão “...enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei permite.”

3.3.2 Princípio da Moralidade

Pressuposto de validade de todo o ato administrativo, esse princípio exige que o gestor público aja com boa-fé, probidade e lealdade em concomitância aos princípios éticos

da razoabilidade e proporcionalidade protegendo o licitante de um formalismo exagerado ou desmedido, visando sempre a supremacia do interesse público.

Hely L. Meirelles ensina que:

A Moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do “bom administrador”, que é aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum.

3.3.3 Princípio da Isonomia

É estabelecido por esse princípio que todos os licitantes devem ser tratados sem nenhuma distinção, estabelecendo igualdade entre todos, ou seja, no certame, todos os participantes deverão ser tratados de forma igual, perante a lei, impedindo assim, a discriminação de qualquer participante.

Observa Alexandrino e Paulo (1998, p. 432) que:

...a observância da igualdade entre os participantes implica em duplo dever. Deve-se não apenas tratar isonomicamente todos os que participam da disputa, o que significa vedação a discriminação de qualquer espécie no julgamento das propostas. É também necessário que se enseje oportunidade de participar da licitação a quaisquer interessados que tenham condições de assegurar o futuro cumprimento do contrato a ser celebrado.

3.3.4 Princípio da Publicidade

A publicidade é um dever de transparência em favor de toda a sociedade. Esse princípio determina que todos os atos do processo licitatório devam ser publicados.

Esse princípio assegura que todos os atos do processo licitatório não poderão correr de forma sigilosa devendo ser públicos e acessíveis ao público, devendo respeitar, porém, a data para abertura das propostas de preço. Essa perspectiva do princípio é resultado de dispositivos como o inciso XXXIII do art. 5º da CF, se trata de um direito absoluto, segundo o qual:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

3.3.5 Princípio da Impessoalidade

Exposto na Constituição de 1988, esse princípio indica que o gestor público deve se pautar pela proposta mais propícia para a administração deixando de lado favorecimentos por amizades, ganhos pessoais e afins, tendo sempre a finalidade administrativa como patamar, devendo o gestor público praticar o ato de acordo com o seu fim legal. O art. 37 da CF em seu parágrafo 1º esclarece que:

A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou serviços públicos.

3.3.6 Princípio da Vinculação do Instrumento Convocatório

“Vale o que está escrito” essa máxima brasileira exemplifica perfeitamente o sentido desse princípio.

Segundo Helly Lopes Meirelles, (1998, p.239) o edital é “a lei interna da licitação e, como tal vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração”.

O artigo 41 da Lei Federal 8.666/93 estabelece que a administração pública não possa descumprir as regras constantes no edital de licitação, ficando a ele vinculado. Porém não impede que o gestor público negocie condições mais favoráveis com o vencedor do processo.

Qualquer descumprimento das regras ali inseridas resultará na anulação, revogação, inabilitação e até desclassificação de todo o processo.

3.3.7 Princípio do Julgamento Objetivo

Toda documentação apresentada e a proposta de preço devem ser julgadas conforme especificado no Edital de forma objetiva, clara e desviando o julgamento subjetivo ou criando critérios que não foram especificados no instrumento convocatório, afastando assim o discricionamento na escolha das propostas.

Segundo o art. 44 da Lei 8666/93, “no julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por essa lei”.

3.3.8 Princípio da Probidade Administrativa

Esse princípio baseia-se na moralidade de todos aqueles envolvidos no processo licitatório, devendo pautar pela supremacia do interesse público e estar sempre presentes a honestidade e integridade de todos os envolvidos.

Diante do exposto cabe salientar que esses princípios norteiam todos os envolvidos no processo licitatório devendo a administração pública desfrutar desses preceitos para aprimorar a seleção da melhor proposta para a administração garantindo sempre a supremacia do interesse público.

Tentativas ou violações de forma a tentar burlar esses princípios, em qualquer fase ou desenvolvimento do certame, torna o certame inválido, podendo ser questionado pela própria administração pública ou por qualquer dos órgãos responsáveis pelo seu controle externo.

O autor Celso Antônio Bandeira de Melo afirma que “a aplicabilidade do princípio da moralidade não só à atuação dos agentes administrativos, mas também ao comportamento dos administrados participantes do procedimento licitatório”.

4 O PROCESSO LICITATÓRIO

O governo é constituído atualmente por 26 Estados (Unidades Federativas), 01 Distrito Federal e 5.565 Municípios e divididos em Governo Federal, Governos Estaduais, Governos Municipais, Sociedades de Economia Mista, Fundações, Autarquias, Empresas Estatais e demais entidades vinculadas ao governo. Esta estrutura governamental compra, por ano, em torno de 120 bilhões de reais, compras essas que devem seguir com rigor a lei 8.666/93.

Esse procedimento deve ser realizado em uma sequência lógica dando início no planejamento e encaixa até a assinatura do respectivo contrato ou emissão dos documentos correspondentes.

4.1 A Logística do Procedimento

De acordo com as Orientações do Tribunal de Contas da União o procedimento licitatório deve ser dividido em duas fases: a fase interna ou preparatória e a fase externa ou executória, aquela determina as condições para a aquisição dos bens e serviços antes de emitir publicamente o ato convocatório, podendo corrigir as falhas, que por ventura possam ocorrer sem prejudicar o andamento do processo e essa se dá com a publicação do edital ou o envio da carta convite. Qualquer irregularidade encontrada na fase externa só poderá se sanada se passível de alteração devendo, essa alteração, ser publicada nos mesmos moldes da primeira publicação.

Na fase interna o gestor público terá que escolher, dentre os procedimentos estabelecidos na lei, qual tipo e modalidade de licitação se enquadram na sua necessidade. Com grande ensinamento descreve Faria (2001, p.93):

A fase interna é fundamental no procedimento. Entretanto, nem sempre se lhe dá o destaque e a importância que merece. A inobservância ou negligência de formalidades prescritas na lei e regulamento pode conduzir ao fracasso do certame., abortando-o no curso de sua formação.

Na fase externa que acontece com a publicação do edital e é subdividida em habilitação/apresentação de propostas e documentos, classificação e julgamento, homologação e adjudicação, não necessariamente nessa ordem. Essa ordem depende da modalidade escolhida para o certame.

Nessa fase as alterações no instrumento convocatório, passíveis de correção, poderão ser realizadas desde que seja dada publicação, dessa alteração, nos mesmos moldes que foram realizados a primeira, dando total transparência ao certame.

A fase externa envolve diretamente aqueles que querem contratar com a administração, sendo assim, qualquer falha ou irregularidade insanável levará a anulação do procedimento.

O documento formal indicando a abertura do certame é o edital ou o convite dependendo da modalidade escolhida para aquisição, definindo claramente o objeto a ser licitado ou serviços a serem adquiridos, bem como, todas as informações complementares para a execução do serviço contratado, como local de entrega, validade do produto, local do serviço e afins.

Edital é definido por Mello (2010, p. 90) como:

Instrumento pelo qual se faz pública, pela imprensa ou em lugares apropriados das repartições, certas notícias, fato ou ordenança, às pessoas nele referidas e outras que possam ter interesse a respeito do assunto que nele contém'. *Já em sentido estrito*, 'Hely Lopes Meirelles, com a clareza que lhe é peculiar, afirma que o edital é instrumento pelo qual a administração leva ao conhecimento público sua intenção de realizar uma licitação e fixa as condições de realização dessa licitação.

4.1.1 Tipos

Elencados no parágrafo 1º, do art. 45, da Lei nº 8.666/93 os tipos de licitação são:

- a) Menor preço
- b) Melhor técnica
- c) Técnica e preço

Não será detalhado o maior lance e oferta por se tratarem de uma modalidade de licitação que não condiz com o trabalho apresentado, devido à logística diferenciada desses modelos.

- a) Menor Preço

Nesse tipo de oferta o critério de seleção é o menor preço ofertado. Sabiamente, nos ensina Mello (2010, p. 608):

“O julgamento pelo menor preço o critério de seleção da proposta mais vantajosa é, como o nome indica, o da oferta menor (art. 45, par. 1º, I). Cumpre tomar atenção para o fato de que nem sempre o preço nominalmente mais baixo é o menor preço. Com efeito, uma vez que a lei, em diferentes passagens (art. 43, V, art. 44, caput, e art. 45), refere-se a “critério de avaliação”, a “fatores” interferentes com ela, de dar par com os “tipos” de licitação, percebe-se que, paralelamente a estes, complementado-lhes a aplicação, podem ser previstos no edital critérios e fatores a serem sopesados para a avaliação das propostas.”

b) Melhor Técnica

Esse tipo destaca a obra, o equipamento ou serviço mais eficiente, mais durável, mais aperfeiçoado, mais rápido, mais rentável, mais adequado para a administração. Diante desses objetivos é lícito dar preferência a outros fatores além do preço, utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, conforme artigo 46 da Lei 8.666/93:

Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.

c) Melhor técnica e preço

Os artigos 45, parágrafo 4º e 46, estabelece que a utilização desse critério só seja possível para contratação de bens e serviços de informática e ainda serviços de natureza predominantemente intelectual, vinculado a Administração a adotar esse tipo de licitação na contratação de bens e serviços de informática, exceto na modalidade convite.

4.1.2 Modalidades

A modalidade indica o tipo de procedimento que a administração será subordinada a utilizar. O que define a escolha dessa modalidade é a compra a ser realizada e o valor total do objeto. A Lei de Licitações determina, em seu artigo 22, cinco modalidades: concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão:

Art. 22. São modalidades de licitação:
I - concorrência;
II - tomada de preços;
III - convite;
IV - concurso;
V - leilão.

O Tribunal de Contas da União em seu Acórdão nº 103/2004 define que “com relação à modalidade de licitação, sabe-se que o principal critério para definir se o administrador utilizará convite, a tomada de preço ou a concorrência é o valor estimado do objeto a ser licitado”.

a) Concorrência

É a modalidade mais abrangente, permite a participação de qualquer pessoa interessada desde que cumpra os requisitos do edital. É utilizada para obras e serviços de engenharia cujo valor supere R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos reais) e compra de produtos e serviços acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) e ainda para licitações internacionais, alienação de imóveis, concessão de direito real de uso. Esse processo é o que demanda o maior número de documentos exigido pela Administração.

Alexandrino e Paulo (2007, p.471) definem que “concorrência é a modalidade em que se verificam a maior competitividade e publicidade possíveis”.

b) Tomada de Preço

Utilizada para contratações de vulto médio (obras e serviços de engenharia até o valor de R\$ 1.500.00,00 e compras e serviços até R\$ 650.000,00). Só podendo participar interessados devidamente cadastrados ou que atendem todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior a data de recebimento das propostas devendo ser ainda observada à devida qualificação.

O artigo 22, em seu parágrafo 2º da Lei 8.666/93 define a tomada de preço como: “modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”.

c) Convite

O convite é a modalidade de licitação utilizada para contratações de menor valor, sendo, tendo assim um procedimento mais simplificado e de menor complexidade, cujo valor econômico está em até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras e serviços de engenharia e até 80.000,00 (oitenta mil reais) para demais compras e serviços, essa

modalidade é realizada entre os interessados cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três licitantes.

A Lei 8.666/93, indica em seu art. 22, parágrafo 3º que:

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

d) Concurso

Essa modalidade deve ser usada para contratação de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração de vencedores de acordo com os critérios estabelecidos no edital e publicado na imprensa oficial.

O artigo 22, em seu parágrafo 4º estabelece que:

Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

Ensina ainda os mestres Alexandrino e Paulo (2007, p.474) que “o que determina a necessidade de realizar a licitação na modalidade concurso é a natureza do seu objeto, não o valor do contrato”.

e) Leilão

Utilizada para venda de bens móveis inservíveis para a Administração Pública, produtos legalmente apreendidos ou penhorados ou alienação de bens imóveis podendo participar quaisquer interessados.

Conceituado no artigo 22, parágrafo 22 da Lei 8.666/93, Leilão é “a modalidade de licitação, entre quaisquer interessados, para a venda, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação”.

Quadro 1 – Modalidades e Valores dos Processos Licitatórios

OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA	
Convite	150.000,00
Tomada de Preço	1.500.000,00
Concorrência	Acima de 1.500.000,00
COMPRAS	
Convite	80.000,00
Tomada de Preço	650.000,00
Concorrência	Acima de 650.000,00

Fonte: Elaboração do autor

4.1.3 A fase externa do processo licitatório

Será abordada nessa etapa do trabalho a fase externa do processo licitatório que engloba: Publicação do edital ou carta convite, Habilitação (Habilitação Jurídica, Regularidade Fiscal, Qualificação Técnica, Qualificação Econômico-Financeira, Regularidade Trabalhista), a Classificação, o Julgamento, a Homologação, a Adjudicação e entraremos nos pormenores da habilitação, objeto do presente estudo.

De acordo com a Revista das Orientações e Jurisprudência do Tribunal de Contas da União para Licitações e Contratos (2010, p. 279), a chamada fase externa ou executória “inicia-se com a publicação do edital ou com a entrega do convite e termina com a contratação do fornecimento do bem, da execução da obra ou da prestação do serviço”.

a) Publicação do edital e carta convite

É o meio pelo qual se dá publicidade ao certame, cumprindo assim um dos princípios a Administração Pública tornando público o processo licitatório. Por meio dessa publicação, qualquer cidadão tem legitimidade para participar ou até mesmo contestar o edital por quaisquer irregularidades encontradas. Conforme o artigo 41, parágrafo 1º da Lei 8.666/93, “qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade...”, sendo assim resta demonstrada que o certame obrigatoriamente será público.

A intenção de licitar é divulgada pela publicação de aviso com o resumo do edital, nos termos do art. 21 da Lei 8.666/93:

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais

II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

§ 1º O aviso publicado conterá a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.

b) Habilitação

Nessa etapa o licitante demonstra a Comissão Organizadora da Licitação sua capacidade de exercer o objeto a ser contratado. Essa fase é realizada de forma subjetiva, apenas com apresentação dos envelopes das propostas e documentos que estão elencados nos artigos 27 a 31 da Lei de Licitações.

Hely Lopes Meirelles (1998, p. 234) define que:

A fase de habilitação é aquela em que se procede à verificação da documentação e de requisitos pessoais dos licitantes. Ocorre aqui à análise de toda a habilitação jurídica, qualificação técnica e financeira, regularidade fiscal e trabalhista da empresa interessada em participar do certame. Na modalidade convite e tomada de preço essa etapa de habilitação pode ser dispensada haja vista que os participantes desta modalidade já estão pré-cadastrados ou já o fizeram antes do início do certame. Todos os documentos a ser apresentados devem ser originais ou cópia autenticada (por órgão oficial ou pela própria administração).

O Tribunal de Contas da União já orientou que:

Competição e conseqüente busca dos melhores preços à Administração são fundamentos de qualquer modalidade licitatória. Lei de Licitações e Contratos visa, além da competição, garantir que a contratada possua condições de honrar as obrigações assumidas perante o Poder Público. Esta é a razão da existência da prévia fase de habilitação, cuja função é avaliar a capacidade do licitante para suprir os encargos inerentes ao objeto licitado. Em complemento, o art. 48, II, da referida lei exige a desclassificação de proposta com preços inexequíveis. Destarte, a Lei nº 8.666/1993, preza a competição e a segurança na contratação. Acórdão 1615/2008 Plenário (Voto do Ministro Relator)

c) A Classificação

Após a fase de habilitação ocorre a classificação dos proponentes. Aqueles que comprovaram à Comissão de Licitação, de acordo com os documentos apresentados, que estão aptos a executar o objeto passam para essa fase. É de suma importância um edital que contenha uma proposta com informações distintas e precisas sobre o material ou serviço a ser prestado, forma de execução, condições de pagamento, validade das propostas entre outras informações que possam corroborar com uma contratação perfeita não trazendo prejuízos para o órgão público.

d) O julgamento

Após a classificação dos licitantes aptos a continuar no processo licitatório acontece o julgamento das propostas de preço, este é um critério objetivo e que como todas as outras fases, público. Realizado em concordância com o tipo de licitação escolhido: menor preço, melhor técnica, melhor técnica e preço e de maior lance ou oferta, definindo assim o participante vencedor, ou seja, aquele que apresentou a melhor proposta, conforme estabelece o artigo 43, parágrafo 1º da Lei 8.666/93:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

e) Homologação

É a análise de todo o processo licitatório realizado por uma autoridade superior a Comissão de Licitação para verificar a conformidade de todo o processo licitatório podendo aprovar, ou seja, homologar se tudo estiver consoante a Lei ou reprovar, podendo anular ou revogar o processo no caso de alguma contrariedade que possa ter ocorrido ou encontrado, essa diretriz é trazida pela Lei 8.666/93 em seu artigo 43, caput e inciso IV:

Art. 43, caput. "A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: (...) IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis; (...)".

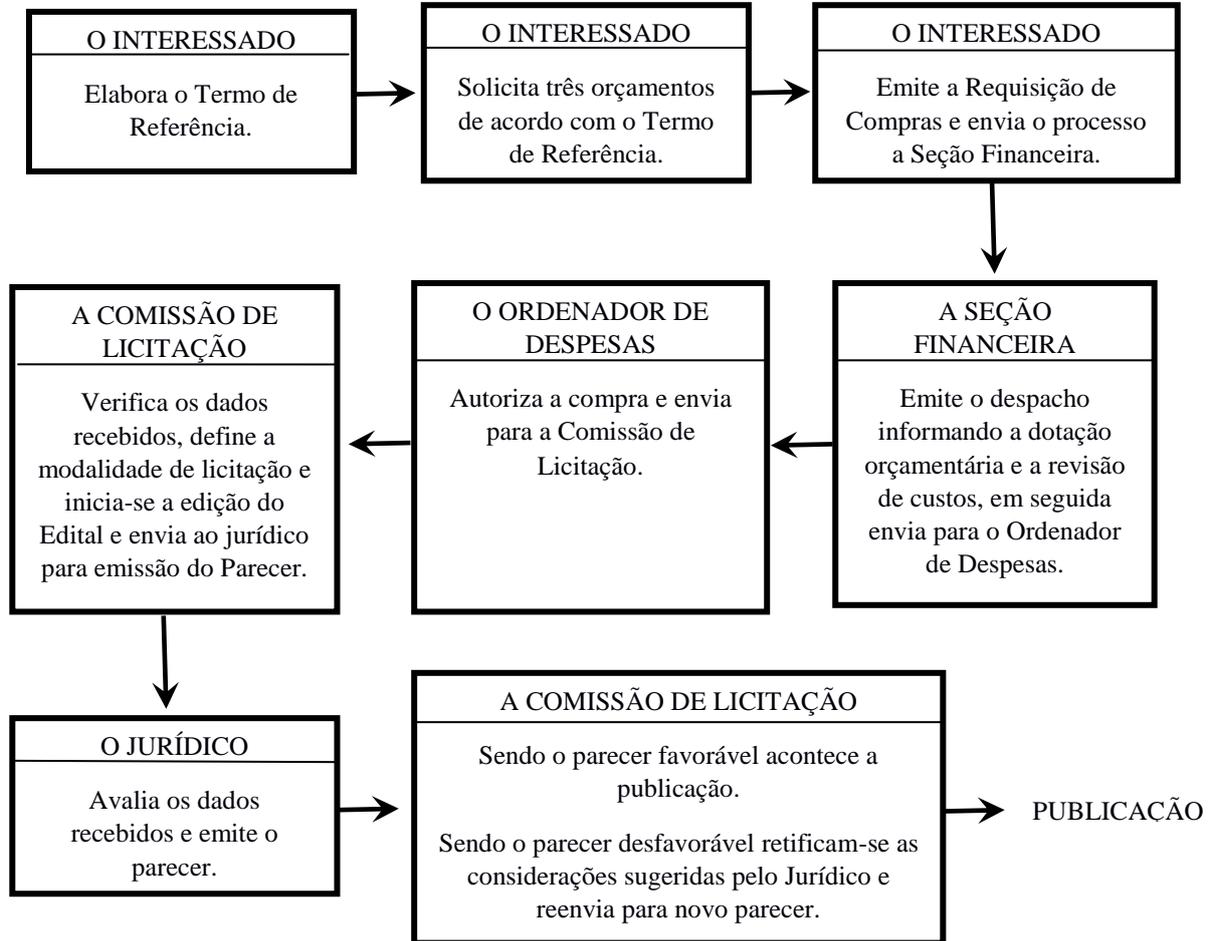
f) Adjudicação

É a convocação do vencedor para firmar o contrato administrativo. Consiste em um ato declarativo, aonde a autoridade competente imputa de maneira expressa o vencedor do certame, dessa forma a Administração fica proibida de contratar com terceiro diferente do vencedor.

O artigo 50 da Lei de Licitações declara expressamente que “a Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade”.

Para exemplificar segue o fluxograma simplificado das Fases Interna e Externa:

FIGURA 1: Fluxograma da Fase Interna



5 A HABILITAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO

Essa fase, como já vista anteriormente, é a fase que a Comissão de Licitação verifica a aptidão do candidato a contratar com a Administração. Essa aptidão é verificada em conformidade com os documentos apresentados à Comissão de Licitação antes da abertura das propostas para garantir que a empresa a ser contratada tem condições de entregar no prazo certo e qualidade especificada no edital. Essa verificação é realizada de forma abstrata, os documentos exigidos variam segundo a modalidade de licitação escolhida pela administração.

Alexandrino e Paulo (2007, p.462) define a fase de habilitação como aquela em que:

Tem por finalidade garantir que o licitante, na hipótese de ser o vencedor do certame, tenha condições técnicas, financeiras e idoneidade para adequadamente cumprir o contrato objeto da licitação. A fim de garantir a maior competitividade possível à disputa.

No trabalho exposto será usada como paradigma a modalidade concorrência.

Os documentos exigidos para habilitação do proponente estão elencados nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/93, podendo a Administração se valer de outros que julgar necessários, desde que sua exigência seja supérflua ou desnecessária. Cada documento exigido refere-se a uma determinada finalidade.

Estabelece o artigo 27, da Lei 8.666/93 que:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:
I - habilitação jurídica;
II - qualificação técnica;
III - qualificação econômico-financeira;
IV – regularidade fiscal e trabalhista;
V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

5.1 Habilitação jurídica

É demonstrado com a apresentação dos documentos que comprovam a existência da pessoa física ou jurídica, podendo ser a cédula de identidade, registro comercial, contrato social, estatuto social, ato constitutivo e no caso de empresas estrangeiras o decreto de autorização e ato de registro para funcionamento expedido pelo órgão competente. Nessas documentações resta comprovado a capacidade do proponente de assumir obrigações e exercer direitos, conforme artigo 28 da Lei de Licitações:

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

5.2 Regularidade Fiscal

São solicitados documentos que comprovem a inscrição dos proponentes juntos aos diversos órgãos fiscais como exemplos podemos citar: - inscrição junto a Fazenda Estadual da sede do proponente, - inscrição perante a Fazenda Municipal da sede do licitante, entre outros. Apesar de muitos autores entenderem ser inconstitucional a comprovação da regularidade fiscal devido a CF/88 exigir apenas qualificação técnica e econômica, essa exigência ainda consta na Lei de Licitações:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

5.3 Qualificação Técnica

Tenciona verificar se o proponente tem condições técnicas para realizar o objeto a ser contratado. Os documentos que comprovam essa qualificação são: - o registro ou inscrição na entidade profissional competente; - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação; -

prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, entre outras. O artigo 30 da Lei 8.666/93 estabelece os seguintes documentos para comprovação desta qualificação:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Para obras e serviços os atestados fornecidos exigem mais exigências, conforme estabelecido no parágrafo 1^a do artigo 30 da referida Lei:

§ 1^o A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

5.4 Qualificação Econômica Financeira

É a comprovação da capacidade de o proponente suportar compromissos peculiares à execução do contrato a ser firmado. Esta comprovação se faz com a apresentação dos seguintes documentos: - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do exercício social; - certidão negativa de falência ou concordata (pessoa jurídica) ou execução patrimonial (pessoa física); - garantia limitada a 1% do valor estimado da contratação; - relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de sua disponibilidade financeira. Essas documentações estão elencadas no artigo 31 da Lei de Licitações:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios,

podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

5.5 Regularidade Trabalhista

Trazida pela Lei 9.854/99 é a garantia que a empresa proponente cumpre com o disposto no artigo 27, V da Lei 8.666/93 que remete a CF/88 que dispõe sobre a necessidade de comprovação do cumprimento do inciso XXXIII do art. 7º da CR/88:

"São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (...) Destarte, casos os requisitos mínimos não sejam atendidos, os licitantes são considerados inabilitados. Então, perdem o direito de prosseguir no certame e de ter sua proposta analisada.

Por conseguinte podem ser inseridos no certame outros documentos que a Administração venha achar pertinente para garantir o sucesso da contratação da empresa que fornecerá produtos ou prestará serviços.

Após a adjudicação do processo o próximo passo será a contratação da empresa e é nesse ponto que nem sempre toda a documentação exigida garante que o contrato será efetivamente cumprido. Esclarece Alexandrino e Paulo (2007, p. 467) que:

A adjudicação é o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação. Não se deve confundir adjudicação com a celebração do contrato. A adjudicação apenas garante ao vencedor que, quando a Administração for celebrar o contrato relativo ao objeto da licitação, o fará com o vencedor.

6 ESTUDO DE CASO

6.1 Introdução

A Lei de Licitações foi sancionada em 1993 com o intuito de diminuir os resquícios da administração patrimonialista no País, trazer mais transparência à sociedade de suas contratações de bens e serviços e aumentar a segurança contra a corrupção. Porém atrás desse objetivo instalou-se uma lei extramente burocrática que forma barreiras e nem sempre consegue afastar essa corrupção. O objetivo desse estudo de caso é demonstrar que mesmo com toda essa burocratização exigida na fase de habilitação, não se consegue inibir os casos de fraudes em certames licitatórios.

Será exemplificado de um caso verídico, onde será demonstrada que toda a documentação exigida nessa fase não garante idoneidade a empresa habilitada de acordo com os parâmetros legais, os nomes dos envolvidos serão resguardados para garantir a privacidade dos mesmos e, em seguida será demonstrado que a maioria das operações de combate a fraudes licitatórias estão relacionadas nas irregularidades documentais que a Lei exige como forma de garantia de entrega dos produtos ou serviços.

O propósito desse estudo é fornecer uma análise profunda de como o rigor excessivo trazido pela Lei de Licitações na etapa habilitatória, exigidas nos artigos 27 a 31 da Lei, não é garantia absoluta da entrega ou execução do produto ou serviço.

6.2 Apresentação do Problema

Em primeira abordagem será relatado um caso ocorrido em uma determinada Administração Pública que necessitou contratar uma empresa para construção de uma máquina estilo prensa. O valor apurado para execução do serviço seria de sete milhões de reais, sendo assim, como Empresa Pública e de acordo com a Lei de Licitações foi realizado uma licitação nos moldes da concorrência e tipo menor preço.

Em segunda abordagem realizou-se uma pesquisa sobre as Operações Especiais da Polícia Federal, realizadas até agosto de 2016, sendo apresentadas as principais causas de fraudes em licitações. Nesse período foram instauradas 41 operações especiais de combate a fraudes e corrupções, de acordo com a Assessoria Geral da União.

6.2.1 Caso 1: A Empresa que apenas assina com a Administração

Após os tramites legais para a realização de um processo licitatório modalidade concorrência para a confecção de uma prensa avaliada em sete milhões de reais, apenas duas empresas demonstraram interesse na execução do projeto devido à complexidade do serviço a ser prestado.

Em seguida, com a conclusão de todas as etapas do procedimento licitatório, vistas anteriormente, as duas empresas foram habilitadas para participar do certame mostrando-se vencedora a Empresa X, pois possuía o melhor preço ofertado.

Com a assinatura do contrato e de acordo com o cronograma-financeiro³, constante na especificação técnica do Edital, a primeira etapa seria a confecção do projeto para a construção da prensa e para a confecção desse projeto a Administração Pública investiria o valor de dois milhões de reais.

O prazo para a entrega do projeto seria de 60 dias, após a disponibilização da quantia supracitada. Com 30 dias da liberação do montante a Empresa X solicitou uma reunião com os diretores da Empresa Contratante para informar que a empresa que construiria a prensa pediu falência ficando a Empresa X sem condições para concluir o projeto.

Na reunião com a diretoria da Empresa Contratante foi esclarecido que a Empresa X, vencedora do processo licitatório em tela, foi contratada apenas para assinar o contrato da licitação e ganharia uma porcentagem em relação ao valor do contrato para mediar às negociações sendo outra empresa responsável pela confecção da prensa. Disse ainda que não era sabido que a empresa que o contratará estava sem condições financeiras para executar tal projeto e que o dinheiro tinha sido depositado diretamente na conta da empresa falida e ele tinha apenas recebido a porcentagem contratada, que na ocasião seria de 20% da quantia disponibilizada na primeira etapa.

6.2.2 Caso 2: As operações especiais da Polícia Federal

No ano de 2016 até o mês de agosto foram instauradas pela Polícia Federal em conjunto com outros órgãos do Governo um total de 41 Operações Especiais em combate a fraudes em processos licitatórios, a saber:

³ Calendário que organiza o projeto juntamente com os itens a serem entregues e aos gastos financeiros.

1. Operação Remenda (PE)
2. Operação Andaime III (PB)
3. Operação Mar de Lama (MG)
4. Operação Pecúlio (PR)
5. Operação Laudêmio (SE)
6. Operação Imperador (BA)
7. Operação Cartas Chilenas (AM)
8. Operação Fazendas de Lama – 2ª Fase Lama Asfáltica (MS)
9. Operação Terra Arrasada (PB)
10. Operação Água de Prata (SC)
11. Operação Mar de Lama - 3ª Fase (MG)
12. Operação Lessons (PA)
13. Operação Bota-Fora (RJ)
14. Operação Clã (DF)
15. Operação Tarja Preta (MS)
16. Operação Brotherhood (AL)
17. Operação Desumanidade II (PB)
18. Operação Boca Livre (SP)
19. Operação Aviões de Lama - 3ª Fase Lama Asfáltica (MG)
20. 6ª fase da operação Mar de Lama (MG)
21. Operação Mamulengo (MG)
22. Operação Mato Cerrado (BA)
23. Operação Burla (BA)
24. Operação Déspota (PI)
25. Operação Andaime - Desdobramento (PB)
26. Operação Cardeiro (PB)
27. Operação Copérnico (BA)
28. Operação São João (PB)
29. Kamikaze II (MT)
30. Operação Nemeus (RJ)
31. Operação Decantação (GO)
32. Operação Miserere Nobis (MG)
33. Operação Matreiro (RO)
34. Operação Veiculação (PB)

35. Operação Fratello (CE)
36. Operação Maus Caminhos (AM)
37. Operação Abscôndito (MA)
38. Operação Voadores (MA)
39. Operação Migalhas (AP)
40. Operação Ápia (TO)
41. Operação Boca Livre S/A (SP)

Nesse universo, 13 operações há envolvimento direto com fraudes nos documentos apresentados ao certame licitatórios: Boca Livre, Migalhas, Voadores, Abscôndito, Maus Caminhos, Fratello, São João, Tarja Preta, Clã, Bota Fora, Laudêmio, Pecúlio e Remenda, sendo descartadas por não possuírem o critério para o presente estudo.

No quadro abaixo ilustra o tipo de fraude, o quantitativo e as operações respectivas:

Quadro 2: Tipos de Fraudes encontradas nas Operações Especiais

Tipo de fraude	Nome das operações	Quantitativo
Irregularidades em documentos fiscais, jurídicos, contábeis e técnicos	Andaime III, Burla, Matreiro, Nemeus, Kamikaze, Cordeiro, Terra Arrassada, Lessons, Fazendas de Lama, Manulengo, Mato Cerrado, Desumanidade e Desdobramento Andaime	13
Simulação de competição	Miserere Nobis e Imperador	02
Conluio/Cartel	Ápia	01
Superfaturamento	Veiculações, Miserere, Nobis, Déspotas, Manulengo, 6º Fase da Operação Mar de Lama, Fazendas de Lama, Boca Livre, Lessons, Água de Prata	10
Não cumprimento do Objeto pactuado	Veiculações	01
Direcionamento licitatório	Ápia, Veiculações, Decantação, Copérnio, Mar de Lama, Brotherhood, Lessons e Água de Prata	08
Favorecimento a empresas de propriedade familiar	Terra Arrassada, Cartas Chilenas e Imperador	03

Fonte: Elaboração do autor

6.3 Conclusão

Diante do exposto percebemos que toda a documentação solicitada na fase habilitatória não garante a entrega do bem pretendido ou a execução do serviço a ser prestado.

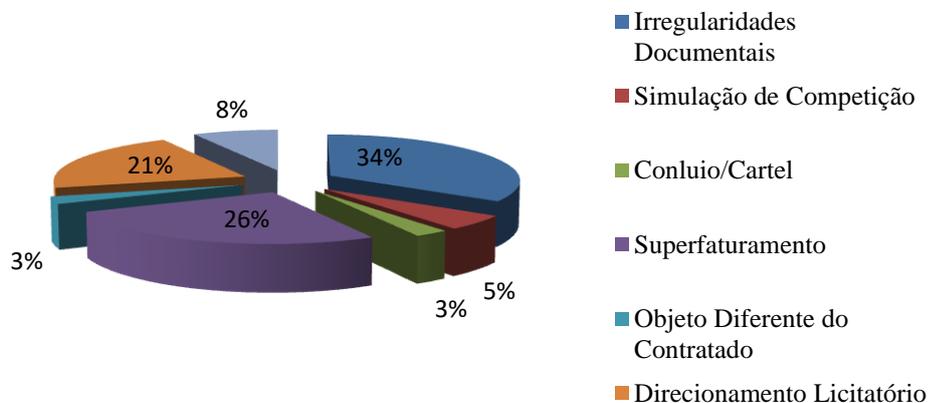
No Caso 1 a Administração amargurou um prejuízo de dois milhões de reais pelo simples fato de ser a Empresa X uma empresa especializada em assinar os contratos com a

Administração terceirizando o serviço a ser prestado. A empresa terceirizada era qualificada para a execução o serviço, porém não tinha condições financeiras de cumprir o contrato agindo de má fé no referido caso. Na oportunidade instaurou-se processo Administrativo pela Empresa Contratante e foi constatado que a Empresa X não tinha se quer um galpão, era apenas um escritório, que vendia de parafuso que custavam centavos a prensas que custavam milhões de reais, ou seja, a Empresa X emprestava seu nome para aquelas que não tinham condições de apresentar toda a documentação exigida na fase de habilitação. Como a Empresa X era uma empresa que não detinha muitos encargos sociais, sua manutenção ficava mais barata e sua documentação estava sempre conforme para participar que processos licitatórios. Os documentos mais específicos como parecer técnico e declaração de prestação de serviços especializados, quando necessários, eram emitidos pelas próprias empresas que contratavam a Empresa X, restando assim comprovada a eficiência e garantia do serviço a ser prestado ou bem a ser adquirido exigido no Edital.

A única especialidade da Empresa X era contratar com a Administração Pública emprestando o seu nome para outras que não detinham a regularidade fiscal de acordo com as exigências da Lei 8.666/93, o “jeitinho brasileiro” teve seu lugar.

No Caso 2, após verificar os tipos de fraudes das operações instauradas pela Polícia Federal verificou-se que as irregularidades documentais possuem a maior incidência no procedimento licitatório e mesmo com toda a burocracia exigida pela lei consegue-se burlar todo o sistema ficando as irregularidades documentais topo das fraudes mais executadas pelos agentes públicos e aqueles que contratam com a Administração, conforme demonstrado no gráfico a seguir:

GRÁFICO 1 – Tipos de Fraudes Investigadas pela Polícia Federal até Agosto/16



A figura a seguir faz menção à quantidade de documentos acumulados em um processo licitatório nos moldes do Caso1 apresentado:

FIGURA 3: Documentos Acumulado do Estudo Apresentado



7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ficou evidente que a toda a documentação exigida na fase de habilitação que teria o condão de mostrar que a Empresa estaria apta a contratar com a administração são facilmente burladas e muitas das vezes a contratante só percebe o acontecido quando algo foge do padrão normal dos tramites contratuais.

Cabe resaltar que a fiscalização muitas das vezes não tem continuidade no decorrer da contratação, encerrando-se tão logo a assinatura do contrato, facilitando o aparecimento de empresas “fantasmas” que são apenas especializadas em assinar os contratos e terceirizar o objeto contratado.

Uma legislação mais rigorosa no que tange a punição desses agentes e a aplicação da lei em sua essência poderia diminuir consideravelmente esse plano.

Necessário se faz a capacitação do servidor público para garantir a qualidade do serviço a ser prestado, ou seja, quanto mais qualificado o servidor, mais eficiente o serviço a ser prestado.

Tendo em vista os aspectos observados, não basta o cumprimento da legislação ou a elaboração de normas e procedimentos, é fundamental a constante fiscalização por parte da contratada, aperfeiçoamento dos mecanismos de controle até mesmo uma visita in loco para garantir que a empresa contratada é a mesma que irá fornecer o objeto do processo licitatório. Outra maneira efetiva para evitar esse tipo de fraude seria a nomeação de um Fiscal de Contrato para regular as operações que serão realizadas pelas Empresas contratadas.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 abr. 2016.
- BRASIL. Lei n. 8666, de 21 de jul. de 1993. Licitações e Contratos da Administração Pública. **Licitações e Contratos da Administração Pública**. Brasília, jan. 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm>. Acesso em: 07 abr. 2016
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente . **Direito Administrativo Descomplicado**. 14^a. ed. Niterói - RJ: Impetus, 2007. 657 p.
- CHIAVANETO, Idalberto. **Administração Geral e Pública: Série Provas e Concursos**. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. v. 4^o.
- COELHO, Daniella Mello. **Elementos Essenciais ao Conceito De Administração Gerencial**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_147/r147-20.PDF. Acesso em: 07 abr. 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- FARIA. Edimir Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 418 p.
- FONSECA MORAES, Isaias. **Manual de Direito Administrativo**. Teoria e Prática. 3^a ed. Curitiba: Juruá, 2014. 668 p.
- LOPES MEIRELLES, Hely. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 701 p.
- Lei de Licitações ainda gera divergências sobre burocracia. Nordeste**: Diário do Nordeste, 2014. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/politica/lei-de-licitacoes-ainda-gera-divergencias-sobre-burocracia-1.790145>>. Acesso em: 15 dez. 2016.
- Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE (1995) **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Imprensa Nacional, novembro 1995**. Plano aprovado pela Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República em setembro de 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>> Acesso em 18/08/2015.
- Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, Governo Federal. **Operações Especiais**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/acoes-investigativas/operacoes-especiais>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

PACHECO BARROS, Wellington. **Licitações e Contratos da Administrativos**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 502 p

REVISTA Eletrônica de Direito Econômico. Rio de Janeiro: [s.n.], 2007.
Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-WLADIMIR%20ROCHA.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Gabinete da Presidência. **Licitações e Contratos administrativos** : Legislação básica. 1. ed. Brasília: Coleção Serzedello Corrêa, 2008. 336 p. v. 4. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2056848.PDF>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

MARQUEZ DOS SANTOS, Alba Conceição. **A Administração Pública Gerencial**. Disponível em: www.seplag.rs.gov.br/uploads/AdministracaoPublicaGerencial.pdf. Acesso em: 26 abr. 2016.

MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 19