



ARTIGO

Experiência do Controle Externo na Fiscalização de Licitações e Contratações Públicas

*** Sérgio Ciquera Rossi**

No final do ano passado, participei de evento promovido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que em vários painéis – um deles tratando sobre procedimentos licitatórios – cuidou do combate à corrupção na Administração Pública.

Na ocasião, fiz considerações acerca do tema, as quais não tiveram caráter doutrinário e espelharam tão somente a experiência colhida na atividade profissional, em que fatos e ocorrências acabam por demonstrar que determinados procedimentos administrativos carecem de estruturação compatível com os desejos da lei e não de interpretações e entendimentos que acabam por distorcer o real sentido dessa sistemática.

Aqui e agora é o caso da licitação, procedimento segundo o qual é viabilizada a realização da grande maioria das despesas e, por conseguinte, instrumento indispensável à execução do orçamento público.

Regra absoluta para a contratação de obras, serviços e compras, a licitação há de ser realizada com critérios e condições que não extrapolem o verdadeiro sentido dos dispositivos legais e que deságuem na certeza da melhor contratação.

Essa é a matriz concebida no Direito Romano, já que, do latim, licitação vem dos verbos *liceri* ou *licitori*, o que na técnica administrativa designa o “ato que pode tomar a forma de concorrência, tomada de preços, convite, concurso ou leilão, promovido pela administração pública direta ou indireta. Levar-se-á em conta, para os licitantes, seja na compra ou alienação de bens, seja na concessão de direito real de uso ou de serviço ou obra pública, a qualidade, rendimento, preço, prazo e demais condições do edital”. (in Vocabulário Jurídico, de Plácido e Silva)

Pois bem. Os problemas surgem quando são tratadas as “demais condições do edital”. Ensinou o inigualável Professor Hely Lopes Meirelles que “a licitação há de assegurar absoluta igualdade entre os interessados, pelo que não é lícito à Administração estabelecer condições discriminatórias entre candidatos ou afastar-se dos critérios fixados para o



ARTIGO

juízo das propostas, admitindo vantagens, impedimentos ou desvantagens não estabelecidos ou facultados no edital ou convite. Se assim agir, a licitação é nula, como tem sido afirmado pelos nossos Tribunais e veremos no lugar próprio... a Administração deve atender ao procedimento formal, mas não a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação". (in Licitação e Contrato Administrativo)

Assim, seja na fase da habilitação, quando da apresentação dos documentos que credenciam o licitante à participação do certame, seja em relação às condições estabelecidas para o oferecimento das propostas, a Administração haverá de fazê-lo com plena observância aos conteúdos dos dispositivos legais, evitando emprestar-lhes amplitude incompatível com as reais necessidades.

Desse modo, por exemplo, na fase da habilitação não podem ser tratadas da mesma forma a habilitação jurídica (art. 28), a regularidade fiscal (art. 29), a qualificação técnica (art. 30) e a qualificação econômico-financeira (art. 31). E por que não podem ser tratadas igualmente? Não podem porque a própria Lei as distingue.

Enquanto para as duas primeiras a Lei usa a expressão consistir, ou seja, consistirá, para as outras duas utiliza a expressão limitar-se-á. Parece claro que consistirá autoriza a requisição dos documentos alinhados naqueles artigos, enquanto limitar-se-á significa que há limites para exigências e que por óbvio não necessitam ser todos exigidos quando não se fizerem necessários. Daí porque, em verdade, toda e qualquer exigência que venha a ser feita haverá de estar antecedida da justificativa cabível.

Essa é a maneira adequada de se elaborar edital de licitação, de tal modo que eventuais interessados possam ver aclaradas suas dúvidas, tornando-se desnecessária a impugnação do certame, a menos, é claro, que essa impugnação se preste a frustrar o procedimento, dando ensejo à extensão de contratações em vigência ou dando causa à dispensa de licitação despida de melhor fundamento.

O eminente Professor Hely ensinou que é vedada "a cláusula discriminatória ou o juízo faccioso que desiguale os iguais ou iguale os desiguais, favorecendo a uns e prejudicando a outros, com exigências inúteis para o serviço público, mas com destino certo a determinados candidatos. Essa é a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes".

Disso se extrai que o edital deve ser claro, objetivo e preciso. Contudo, assim não tem sido. A prova inequívoca dessa afirmação está nos quase 1.500 (mil e quinhentos) processos versando sobre o exame prévio de editais – artigo 113 da Lei nº 8.666, de 1993 –



ARTIGO

examinados pelo Plenário da Corte de Contas Paulista durante o ano de 2012. Assinale-se a preocupação, diante do crescente número desses processos a cada ano, bastando sejam comparados os últimos 3 (três) exercícios.

A prática da impugnação de editais tem ensejado dúvidas sobre quais as reais causas do estabelecimento de exigências editalícias que definitivamente não se amoldam à exata pretensão da lei, criando o impasse entre o excesso de preocupação com as garantias para a adequada contratação ou então a fixação de exigências que alijarão uns e beneficiarão outros na competição.

Esse o perigoso terreno da elaboração de editais de licitação e os riscos a que se sujeitarão os administradores, que vão desde o processo de apuração de responsabilidade administrativa, passando pelo enquadramento na lei da improbidade administrativa e chegando ao procedimento criminal, previsto nas regras da Lei nº 8.666, de 1993.

Algumas das mais comuns ocorrências colhidas no exercício da atividade podem ser relacionadas e, a par de configurarem indúvidas irregularidades, não me permitem, por absoluta falta de legitimidade profissional, afirmar tratem-se de fraudes a certame licitatório, sobretudo em decorrência de não se conhecer a exata intenção da exigência objeto da impugnação.

Incabível, por exemplo, a exigência de índice de liquidez fora dos padrões geralmente aceitos para licitações em que o objeto do certame se aperfeiçoa com a entrega do bem. É evidente que a possível exigência de índices de liquidez e de endividamento deve ser reservada a certames que envolvam altos custos ou que dependam de incursões de porte no mercado financeiro. Ainda assim, essas exigências não de ser motivadas tecnicamente, sob pena de, se não justificadas, criarem embaraços incontornáveis a licitantes que, mesmo não dispondo dos índices exigidos, reuniriam condições de atender às necessidades da Administração.

O que dizer de exigências de laudos ou certificados não previstos na legislação aplicável e que depois se vem a saber eram do domínio de um ou de uns poucos interessados?

Embora, em alguns casos, seja aceita a exigência de laudos ou certificados dirigida ao vencedor da disputa, entendo que quase sempre tal conduta não se mostra adequada, seja porque extrapola os requisitos que a lei estabeleceu para a Administração licitar e contratar, seja porque acaba por conferir caráter restritivo ao certame com imposição que não garante a melhor contratação.



ARTIGO

Manifestamente discriminatória a exigência da realização de obra ou serviço idêntico no órgão ou entidade licitadora ou, então, simplesmente, a prova de idênticos quantitativos já executados de obras e serviços já realizados pelo licitante.

Neste aspecto, cabe lembrar das parcelas de maior relevância, cuja eleição está adstrita ao poder discricionário da Administração; no entanto, o excesso de especificações e minúcias que, com bastante frequência, são estabelecidas nos editais, acabam por afastar possíveis interessados que executaram objetos semelhantes.

Outros exemplos: a exigência de requisitos impróprios ou estranhos ao objeto licitado, assim como capital social, patrimônio líquido e garantias de participação e de contratação desproporcionais ao valor em licitação (exigências muito comuns em concessões de serviços públicos, vez que indevidamente calculadas no valor total do contrato de concessão); a excessiva descrição do objeto pretendido marcado pela indicação de características tão requintadas a identificar previamente o possível fornecedor.

Por isso, precipitada a afirmação de que são praticadas irregularidades ou fraudes nas licitações; costume dizer que são encontradas anomalias nos procedimentos licitatórios. E a maior parte dessas anomalias se traduz na criação de barreiras à participação de fornecedores, concebidas – talvez na maioria das vezes – de forma desavisada, porém em favor de concorrente.

Essas anomalias são encontradas em três fases distintas. Refiro-me à fase de preparação do edital, à fase da licitação propriamente dita” e à fase da execução da obra.

Na fase de preparação do edital, a identificação excessiva de especificação técnica do objeto, memorial descritivo ou projeto básico pode favorecer determinado fornecedor ou grupo de fornecedores. Não que o projeto básico ou memorial descritivo não deva ser suficientemente detalhado, mas não com a inclusão de equipamentos ou de requisitos que possam restringir ou diminuir o interesse de participação.

Indesejáveis, também, prazos de entrega demasiadamente exíguos criando a possibilidade de vantagem a licitante interessado que, por qualquer razão, tenha tido conhecimento ou acesso antecipado a informações. Fato, aliás, razoavelmente comum.

Especial atenção merece o orçamento estimado da obra ou serviços.

O artigo 43 da Lei nº 8.666, de 1993, obriga que o certame licitatório, antes de posto na praça, seja precedido de criteriosa pesquisa de preços. Para a Administração esse cuidado é imperioso porque a partir de então poderá concluir se os gastos decorrentes



ARTIGO

acomodam-se nas dotações orçamentárias existentes, sem o que não haverá condições de se iniciar a empreitada.

Ocorre que a Administração quase nunca faz prova inequívoca de que a estimativa está fundada em preços que efetivamente estão sendo praticados no mercado. Independente das revistas especializadas, a verdade é que esses orçamentos vêm amparados em consultas ao mercado sem a comprovação da realidade, de tal modo que os preços indicados são inflados tornando-os acima daqueles em prática, dando causa – quase sempre – à enganosa conclusão de que a contratação atendeu ao princípio da economicidade, eis que firmada por preço inferior ao orçado.

E ainda, tais orçamentos, muitas vezes, são elaborados com antecipação de 06 (seis) meses da publicação do edital, o que configura a utilização de preços defasados, conduta também reprovada pela Corte de Contas Paulista.

A pergunta é: o preço é inferior ou o orçamento foi inadequadamente estimado?

Aliás, a propósito, sei que pelo menos a Lei nº 8.666, de 1993, prevê expressamente a divulgação do orçamento estimativo, além da planilha de quantitativos de preços unitários. Pessoalmente considero essa previsão prejudicial ao certame, dado que o licitante – maior conhecedor dos preços do mercado – não necessita de maiores esforços para oferecer proposta, visto dispor de parâmetro que lhe permite formulação de oferta sem muitas preocupações com a competitividade.

Acho que esse cenário instalado na Lei nº 8.666, de 1993, está sujeito a mudanças se levado em conta que tal exigência de divulgação não consta da Lei que criou o RDC – Regime Diferenciado de Contratação, e que a Lei do Pregão é silente a respeito.

A inserção de exigência de comprovação de capacidade técnica ou operacional mínima pode criar barreiras à participação de interessados, como, por exemplo, exigir experiência mínima na aplicação de determinado quantitativo, de determinado revestimento que poucos fornecedores são capazes de atender, sem que tenha havido a demonstração técnica do tipo pretendido.

A adoção dos tipos de licitação “técnica e preço” ou “melhor técnica”, com o estabelecimento de requisitos, para avaliação da proposta técnica, que não se revestem de qualquer tenacidade, também é prática comum na Administração, utilizada em licitações cujo objeto não exige qualquer técnica para sua execução, tampouco se enquadra nas hipóteses legais que permitem a adoção desse tipo de licitação.

Essas algumas das mais recorrentes ocorrências apuradas na fase da preparação.



ARTIGO

Já na fase da licitação propriamente dita, a falta de ampla divulgação dos editais dificulta a ampliação do número dos concorrentes ou ainda, quando divulgado, não pontua aspectos que sejam relevantes para o proponente.

A utilização de critérios que não os da Lei para a decretação de preço inexequível é prática nociva aos interesses da Administração. Com efeito, não há porque estabelecer condições colidentes para a avaliação das propostas e assim considerá-las inexequíveis, quando a lei expressamente estabelece procedimento para esse fim e o faz, diga-se, baseado, exclusivamente, em fórmula aritmética sem a interferência de qualquer juízo técnico.

Prática que se tem mostrado recorrente é a aglutinação em um único certame de objetos absolutamente distintos. Mesmo com a permissão da formação de consórcios ou autorização para subcontratação, não me parece procedimento de melhor técnica. Afinal, empresas atuantes, por exemplo, no ramo da construção civil não dispõem de aparato e às vezes de interesse em executar obra que será concluída com a instalação de equipamentos ou mobiliário.

Evidente que, mesmo com a formação de consórcio ou subcontratação, a negociação não traduz vantagem marcante, óbvio que vedada está, peremptoriamente, a aglutinação de objetos distintos quando o edital não admitir nenhuma das duas formas.

A cobrança de preço superior ao que indenize o custo do edital desestimula interessados. Assim como a exigência de vistoria ou visita sem a demonstração da necessidade técnica, a exigência da presença dos responsáveis pela empresa e a entrega de documentos pessoalmente são, indiscutivelmente, fatores de afastamento de participantes. A correta forma de exigir a vistoria ou visita passa por cuidados como a fixação de mais de uma data para esse fim, preferencialmente intercaladas entre si, ou dentro de um lapso temporal moderado de forma a proporcionar, de um lado, a plena ciência do edital a todos que efetivamente se interessem e, de outro, tempo hábil para que os licitantes elaborem adequadamente suas propostas, restringindo-se a estipulação de data única somente em casos justificadamente excepcionais. A visita ou vistoria só poderá ser fator obrigatório como condição de habilitação nas situações em que a complexidade ou natureza do objeto a justifiquem, devendo estar devidamente fundamentada a exigência. No tocante à indicação do profissional responsável pela visita ou vistoria, indubitoso tratar-se de encargo do licitante, por isso vedada a escolha pela Administração.

Com esses cuidados ficará difícil afirmar que as exigências editalícias criaram restrições à ampla participação.



ARTIGO

Insidiosa a prática do chamado “jogo de planilhas”, procedimento em que o proponente eleva preços de certos itens, reduzindo o de outros, sem, contudo, afetar o valor da proposta, o que quase sempre passa despercebido pelo agente público, gerando na execução do contrato, a “correção” dessas quantidades, por meio de aditivos, que obviamente elevam razoavelmente os preços inicialmente contratados.

A propósito dos aditivos contratuais é quase certo que sua grande incidência – aliás, quase generalizada – decorre, seguramente, de projetos básicos defeituosos ou de condições editalícias insuficientemente esclarecedoras.

Seja como for, especialmente em obras e serviços de engenharia, é elevado o número de contratações que são sistematicamente aditadas e, curiosamente, em percentuais bem próximos aos limites previstos no artigo 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

Há, entre outras, pelo menos 3 (três) razões principais para a celebração de aditivos. A primeira delas, sem nenhuma dúvida, os projetos básicos elaborados com traços de padronização, ou seja, sem as distinções técnicas inerentes a obras ou serviços diferenciados. Se o projeto é elaborado segundo matriz que se afasta das características inerentes a cada obra ou serviço, evidente que no curso da execução surgem as lacunas a serem supridas, o que encarece a contratação.

Outra causa de aditivos é a contratação que, por razões tantas, chega à paralisação por inadimplência de obrigações da contratada que concluiu certa fase dos serviços e abandona-os forçando nova contratação que será oportunamente aditada para repor custos que foram consumidos com a execução dos itens de menos complexidade – movimento de terra, por exemplo – cuja cotação de preços desequilibrou a composição do custo global das obras ou serviços.

A terceira causa de aditamentos é aquilo que a doutrina denomina aditamento qualitativo que, por sinal, não merece esse tratamento na lei regedora e significa emprestar à obra ou serviço melhoria na sua realização, fato que, por óbvio, há de ser demonstrado com minúcias técnicas, comprovando que as modificações na execução reverterão ao interesse público. Não tem sido comum encontrar tais razões técnicas.

Em verdade, os aditivos qualitativos têm servido de justificativa quando os acréscimos superam os limites previstos na lei, o que, a meu ver, não encontra amparo legal, já que não há distinção entre referidos tipos.

De qualquer sorte, é necessário serem pensados procedimentos que tornem os aditivos como exceções e não regra, como temos visto.



ARTIGO

A transferência para o licitante contratado – como faculta a Lei – para a elaboração do projeto executivo, também tem se demonstrado inconveniente, isto diante da possibilidade da alteração de rumos em relação ao projeto básico, ensejando eventuais desvantagens à Administração.

Na fase da execução do contrato, depara-se às vezes com redação inovadora em relação àquela apresentada com o edital, criando condições diversas das inicialmente previstas. Era comum a exigência do recolhimento da garantia contratual, depois, permitido o seu parcelamento.

Comum, também, a falta de precisão dos quantitativos medidos na execução, causando diferenças entre o executado e o pago, fazendo imprescindível o acompanhamento permanente da execução da obra ou serviço seguido da homologação de parte da autoridade superior.

Parece-me oportuno destinar alguns instantes às inexigibilidades e dispensas de licitação. Afinal, tais instrumentos são, também, veículos recorrentes para a realização de despesas e sua utilização invariavelmente causa incertezas sobre seu correto enquadramento.

Nenhuma novidade: licitar é a regra, a dispensa é a exceção. Então, de pronto, é de se concluir que há autorização legal para que determinada licitação seja dispensada ou inexigida.

A problemática está em ajustar a necessidade da contratação sem a realização do procedimento licitatório, ou seja, dispensando-o.

A leitura das 32 (trinta e duas) hipóteses de dispensa previstas no artigo 24 da Lei nº 8.666, de 1993, ou as 3 (três) situações contempladas com a inexigibilidade do certame no artigo 25 da mesma Lei não são de utilização igualitária. Refiro-me às diferenças que esses dispositivos contêm. Por exemplo, poucas dificuldades com os incisos X, locação ou compra de imóvel; XIV, aquisições decorrentes de acordos internacionais; XVI, impressão de diários oficiais; XIX, aquisição de materiais para as Forças Armadas; XX, contratação de associação de portadores de deficiência e outros tantos.

Mas se para algumas hipóteses a configuração mostra-se pacífica, há algumas outras que costumeiramente apresentam-se desfiguradas, parecendo-me, nesses casos, descuido dos ordenadores responsáveis.

Vamos às dispensas fundadas no inciso VIII – “para aquisição por pessoa jurídica do direito público interno de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que



ARTIGO

o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”. Ora, não basta considerar que a dispensa recairá em órgão ou entidade que integre a Administração Pública.

É preciso que esse órgão ou entidade tenha sido criado antes da vigência da Lei nº 8.666, de 1993, com o objetivo específico e principalmente que seu preço seja o de mercado.

O que se tem visto em relação a essas dispensas é a transmutação de finalidades e, pior, a insuficiente demonstração da compatibilidade do preço com aqueles de mercado. A entidade ou órgão pode ser beneficiado pela dispensa, porém não pode ser causadora de custos maiores à Administração.

Isso não tem sido observado por todos.

Igual tratamento tem sido conferido ao inciso XIII do mesmo artigo 24 que trata da “contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional”.

Nítido que instituição brasileira incumbida da pesquisa, ensino ou do desenvolvimento institucional significa magnitude, grandeza de finalidades, de tal modo que não cabem nesse conceito entidades que, por maior que seja sua tradição e experiência, não se ajustam à hipótese, mesmo que operem, como se tem visto, múltiplas alterações estatutárias na tentativa de encontrá-las no regramento correspondente.

E o que se dizer da dispensa prevista no inciso IV, ainda, do artigo 24, “nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos”.

Dedicando-se alguma atenção ao preceito transcrito, vê-se que a dispensa de licitação por emergência só se ampara quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo.

Não há emergência – salvo casos de absoluta força maior, como o estado de calamidade pública – sempre que o fato ou necessidade sejam previsíveis.

Será que é imprevisível a necessidade de instaurar-se licitação para a contratação do transporte escolar, ou melhor ainda, para os serviços essenciais de coleta de lixo?



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

Haverá sim a imprevisibilidade se o edital de licitação para a contratação dos serviços de coleta de lixo for levado a público às vésperas do esgotamento da vigência anterior ou então em decorrência de edital recheado de condições nebulosas e impeditivas à ampla participação.

Essas dispensas, quando indevidamente enquadradas, sujeitam o agente responsável ao que prevê o artigo 89 da Lei nº 8.666, de 1993, o que convenhamos é risco desnecessário.

Essas são algumas dentre tantas outras causas determinantes de irregularidades em processos de licitações ou dispensas e cuja repetição tem motivado prejuízos de toda ordem à Administração que, de sua parte, há de encontrar meios de melhor aparelhamento da máquina administrativa, aperfeiçoando-a de maneira a implantar um sistema hígido de contratações que afaste de vez o “excesso” de cuidados na elaboração de editais ou o “descuido” no enquadramento das dispensas, sob pena de enveredar-se sobre dúvidas de procedimento que podem decorrer da falta de fundamentação legal.

Por dever profissional, assinalo que essas considerações são de caráter absolutamente pessoal não vinculadas à orientação do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

*** Sérgio Ciquera Rossi - Secretário-Diretor Geral do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**