

**VÍCIOS MAIS COMUNS EM LICITAÇÕES:
como evitar, quando sanar e como corrigi-los
à luz da jurisprudência do TCU.**

1ª TEXTO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com o objetivo de complementar o conteúdo transmitido em nossas videoaulas acerca dos vícios mais comuns em LICITAÇÕES à luz da jurisprudência do TCU, uma questão primordial deve ficar bem clara para a organização dos nossos estudos.

Uma vez que a licitação não possui um procedimento uniforme, teremos variações a serem estudadas de acordo com a modalidade ou objeto da contratação. Meu objetivo será focar os questionamentos nas exigências que são comuns a todas as licitações.

O parágrafo único do art. 4.º da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, dispõe que o procedimento licitatório caracteriza ato administrativo formal, devendo a formalidade prevalecer em todas as fases da licitação, desde o planejamento até a gestão contratual. Deve-se separar a necessidade de observância aos aspectos formais do procedimento licitatório previstos em lei e a burocracia, pois se as formalidades não forem observadas, podemos estar diante de vício intransponível que maculará todo o procedimento licitatório.

Por isso, para mais bem delimitar o tema e estar em consonância com as adequações propostas pelo Governo Federal, a partir da IN n.º 5/2017, iremos analisar os vícios licitatórios a partir das três fases do procedimento:

- 1.) FASE DE PLANEJAMENTO;
- 2.) FASE DE SELEÇÃO/JULGAMENTO DAS PROPOSTAS e
- 3.) FASE DE GESTÃO DOS CONTRATOS.

Inicialmente, é importante delimitar os principais instrumentos legislativos que deverão complementar o conteúdo:

- CF/88 – art. 22, XXVII; 126 e art. 173, § 1º, III;
- Âmbito Federal: Leis n.º 8.666/93 (Licitações) e 10.520/02 (Pregão); Leis n.º 8.987/95 e 11.079/04 (Contratos Administrativos).

Partindo do conceito de que a licitação é um procedimento administrativo instrumental, uma vez que é instrumento necessário para a formalização do contrato administrativo, o servidor público deve pautar suas atividades e buscar evitar os vícios, sempre almejando buscar a contratação mais vantajosa para a Administração e promover a isonomia entre os interessados, tudo em busca do desenvolvimento nacional.

• DESTINATÁRIOS DA LICITAÇÃO:

Conforme disposto no art. 1º da Lei de Licitações, são os entes da administração direta, as entidades da administração indireta e as demais empresas controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios ou seja, todas as entidades que recebam dinheiro público.

TCU: Exceção. Quando a empresa estatal exploradora de atividade econômica licitar para contratações decorrentes do desenvolvimento de sua atividade-fim, o TCU entende que é caso de inexigibilidade de licitação, pois não existe interesse público e a burocracia do procedimento impediria de concorrer em igualdade de condições com o mercado em que está inserida.

• PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À LICITAÇÃO:

Relacionaremos os princípios aplicáveis ao procedimento licitatório que devem ser observados em qualquer das fases. Entretanto, merecem destaque os princípios da isonomia e da legalidade, nos termos do artigo 3º da Lei n.º 8.666/93. A sua não observância, guardadas as devidas proporções a serem analisadas pelo administrador ou pelo judiciário, podem macular a licitação.

a) Princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 41, LL): aplicação específica do princípio da legalidade. Em regra, o edital. Princípio da competitividade: busca da proposta mais vantajosa;

b) Princípio da isonomia: ligado ao princípio da impessoalidade e não significa que a Administração deve dispensar tratamento igualitário a todos os licitantes, e, sim, que a licitação deve assegurar “igualdade de condições a todos os concorrentes” – conforme disposto no art. 37, XXI CF;

c) Princípio do procedimento formal: decorre do princípio constitucional do devido processo legal. Quer dizer que existe uma ordem legal a ser seguida. Não quer dizer excesso de formalismo;

d) Princípio do julgamento objetivo: o seu não atendimento fere o princípio da isonomia. O art. 45 da LL relaciona os critérios de julgamento: menor preço; melhor técnica; técnica e preço e maior lance ou oferta;

e) Princípio do sigilo das propostas: as propostas são sigilosas até a abertura dos envelopes. A sua violação implica em crime previsto na LL e improbidade administrativa;

f) Princípio da eficácia administrativa: o agente público deve se utilizar da licitação para que produza os melhores resultados com os menores custos à Administração.

Apenas para finalizar a introdução do tema, estabelecerei abaixo um quadro sinótico simplificado com os principais TIPOS e MODALIDADES de licitação;

TIPO – art. 45 e ss. da Lei 8.666/93 Refere-se aos critérios de julgamento da licitação	MODALIDADES Refere-se à forma do procedimento licitatório
Menor preço: regra geral	Em razão do valor do contrato: concorrência; tomada de preço e convite
Melhor técnica: informática ou intelectual	Em razão do objeto do contrato: concurso, leilão e pregão.
Técnica e preço: preço + qualidade do serviço	-----
Maior lance: leilões	-----

Concluídos os conceitos iniciais, os quais estarão presentes nas três fases do procedimento de LICITAÇÃO, torna-se importante traçarmos algumas considerações sobre o Tribunal de Contas da União (TCU) que é o órgão que será responsável pelo controle externo dos procedimentos de licitação.

- **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU**

A Lei n.º 8443 de 1992 dispõe sobre a Lei Orgânica do TCU, e, em seu artigo 41 trata especificamente das licitações.

O Tribunal de Contas da União é um órgão constitucional de controle externo, que além das demais competências elencadas no artigo 1º da referida lei, é responsável pela fiscalização dos editais de licitação, dos contratos, inclusive, administrativos e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, nos termos dos artigos 41 a 47.

Destaque-se que, além de fiscalizar, possui competência para aplicar aos administradores ou responsáveis as sanções dispostas no capítulo V do mesmo diploma legal.

Como resultado da atividade fiscalizatória, o Tribunal pode, nos termos do artigo 46 da Lei 8443/92, declarar a inidoneidade o que, torna público, na aba de CONTROLE E FISCALIZAÇÃO, item RESPONSABILIZAÇÃO PÚBLICA existe uma lista disponível a ser consultada previamente pelos agentes administrativos na fase preparatória do procedimento licitatório que é a dos LICITANTES INIDÔNEOS, os quais já foram apenados pelo TCU, e, podem, justificadamente, ficar afastados do certame.

Ainda, para os agentes administrativos que trabalham ou se interessam pelo tema, o site do TCU (<http://www.portal.tcu.gov.br>) disponibiliza o acesso à jurisprudência através do cadastro no sistema

PUSH, por certificado digital, recebendo por e-mail o acompanhamento relacionado. Ou ainda, na aba de aplicativos móveis do TCU você pode instalar gratuitamente, em seu tablet ou celular os aplicativos oficiais do Tribunal.

Os aplicativos oficiais são compatíveis com os sistemas operacionais Android 2.2. a 6.0 ou IOS 6 a 9 e podem ser baixados pela página do próprio TCU ou pelo Google Play ou App Store, escolhendo pelas opções: PUSH DE PROCESSOS (para acompanhar processos do seu interesse); JURIS TCU (pesquisa jurisprudência, publicações e súmulas do TCU) e PUBLICAÇÕES DE JURISPRUDÊNCIAS (Boletim Informativo de Licitações e Contratos de periodicidade quinzenal), entre outros.

- **INSTRUÇÃO NORMATIVA N.º 5 DE 2017**

(Base legal: DL n.º 2.271/1997 e Portaria n.º 409/2016)

Acesso à íntegra da IN n.º 5/2017 no portal: <https://www.compragovernamentais.gov.br>

Nova Instrução Normativa de Serviços expedida pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão que estabelece novo formato de contratação de serviços pela Administração Pública a partir de três fases: planejamento da contratação; seleção do fornecedor e gestão do contrato, visando a transparência, e, devendo-se analisar, em cada fase, a análise de risco do objeto, as práticas de sustentabilidade, e, quando houver, o alinhamento com o Planejamento Estratégico do órgão ou entidade.

De acordo com o próprio portal de compras governamentais, as principais alterações promovidas pela nova instrução normativa de serviços que revisou a IN 2/2008 é buscar uma técnica legislativa com maior coerência e em sintonia com a melhor jurisprudência do TCU, albergando a realidade prevista na Portaria n.º 409/2016 que estabelece as garantias contratuais ao trabalhador na execução indireta de serviços e os limites da terceirização das atividades realizadas na administração pública, bem como o disposto na Súmula 331 do TST, que regra o cumprimento da legislação trabalhista e mitiga a inadimplência das prestadoras de serviço. E, ainda, sistematizou a sua apresentação, estabelecendo as fases da licitação: planejamento, seleção de fornecedor e gestão de contrato.

Na área prática importa destacar ainda que a nova IN busca privilegiar fontes de outras contratações da administração pública para fazer orçamentos e inovou com o Recurso do Planejamento da Contratação, com formalização de Equipe de Planejamento, devendo ser feito em três fases:

- 1.) **Elaboração dos estudos preliminares:** justifica necessidade de contratação com preço, quantidade e estudo de viabilidade de contratação. Participação da Equipe de Planejamento;
- 2.) **Gestão de Riscos (art. 6º da Lei n.º 8.666/93):** participação da Equipe de Planejamento;

Dentro da fase de Planejamento a equipe deve montar um mapa de risco, identificando, avaliando, buscando ações preventivas de contingência e designando responsáveis para essas ações.

O risco deve ser identificado em todas as três fases da licitação.

- Vide Anexo IV da IN n.º 5/2017 – modelos de mapa de risco.

3.) Elaboração do Termo de Referência

Deve ser feito nos dois primeiros passos do Planejamento.

No Termo deve constar todo o detalhamento do objeto a ser contratado (sem direcionamento-vício), com a visão da administração publicada (necessidade) e do mercado (preço), bem como os critérios de seleção do fornecedor, a adequação orçamentária, as competências fiscais, do gestor e a forma de pagamento.

Com base no termo de referência é que se vai dar a fiscalização e execução do objeto contratado.

- Vide modelos da AGU no site <https://www.compragovernamentais.gov.br>

Veja o vídeo:
YOUTUBE – DETECÇÃO FRAUDES EM LICITAÇÃO – Evento do
Ministério do Planejamento

FASE DE PLANEJAMENTO DA LICITAÇÃO

Dispositivos legais aplicáveis: artigo 7º – Obras (Projeto Básico, Projeto Executivo e Execução da obra), artigos 14 e 16 da Lei nº 8.666/93 e no Capítulo III, artigo 20 e seguintes da IN n.º 5/2017.

- **Qual a importância desta fase para a Administração Pública?**

Nesta fase a administração pode definir os custos, a compatibilidade do objeto com a legislação licitatória, inclusive, contemplando as metas no Plano Plurianual, e, assim, alcançar uma melhor gestão administrativa, oferecendo aos administrados um serviço público de melhor qualidade.

O gestor administrativo deve, para cada serviço a ser contratado, fazer os estudos preliminares com o gerenciamento dos riscos do objeto a ser licitado, e, a partir disso, elaborar um Projeto Básico que subsidiará o edital licitatório.

- **Então, quais os vícios mais comuns quando a administração planeja uma licitação?**

Para que a administração possa planejar uma licitação, o primeiro passo é definir seu objeto.

OBJETO DA LICITAÇÃO:

Os artigos 1º e 2º da Lei de Licitações trazem um rol exemplificativo (não se trata de *numerus clausus*): obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações da administração pública.

Ao definir o objeto é importante pensar:

- É caso de licitação? – art. 7 da Lei n.º 8.666/93;
- É caso de contratação direta? – art. 26 da Lei n.º 8.666/93;
- É caso de licitação dispensável? – art. 17 da Lei n.º 8.666/93;
- E caso de dispensa de licitação? – art. 24 da Lei n.º 8.666/93.

Para definir o objeto da licitação alguns detalhes devem ser analisados para evitar o surgimento de vícios.

1.1 Direcionamento e indicação de marca.

Art. 7, §5º da Lei de Licitações

Art. 15, § 7º da Lei de Licitações

Não é permitido à Administração licitante o detalhamento excessivo das características do objeto.

Exemplo: compra de canetas com exigência de respiro lateral (marca BIC). Não existe laudo técnico justificando e existe um detalhamento excessivo das características do objeto – VEDAÇÃO.

TCU:

A vedação à indicação de marca não se confunde com a menção à marca de referência, que deriva da necessidade de caracterizar/descrever de forma adequada, sucinta e clara o objeto da Licitação.

Acórdão 2829/2015 – Plenário.

A indicação de marca no edital deve estar amparada em razões de ordem técnica, de forma motivada e documentada, que demonstrem ser aquela marca específica a única capaz de satisfazer o interesse público. **Acórdão 113/2016 – Plenário.**

O estabelecimento de especificações técnicas idênticas às ofertadas por determinado fabricante, da que resultou a exclusão de todas as outras marcas do bem pretendido, sem justificativa consistente, configura afronta ao disposto no art. 15, § 7º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993. **Acórdão 1861/2012 – 1ª Câmara.**

Entretanto, se for o caso de **fornecedor exclusivo**, será hipótese de dispensa de licitação e a contratação será direta, mediante decisão administrativa motivada.

Agora, para se falar em restrição sem viciar a licitação, apenas quando existir laudo técnico justificando a posição da Administração através de critérios objetivos.

Exemplo: aquisição de software apenas do sistema IOS.

Aplicação da Súmula 270 do TCU: em licitações referentes a compras, inclusive, de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificativa.

1.2 ,Quantificação.

Em relação à quantificação do objeto, é importante atentar-se à vedação prevista no artigo 7º, § 4º, da Lei de Licitações.

É proibido incluir na licitação de fornecimento de materiais e serviços objeto sem previsão de quantidades ou com quantidades diferentes das apresentadas no projeto básico ou executivo.

Aqui é o momento para abrimos um parêntese e traçarmos uma simples diferenciação entre Projeto Básico previsto no artigo 6º, IX, da Lei n.º 8.666/93 e o Projeto Executivo descrito no mesmo artigo em seu inciso X.

O **Projeto Básico** ou Termo de Referência é elaborado pelo setor administrativo requisitante a partir de estudos preliminares e gerenciamento de riscos.

Já o **Projeto Executivo** é sucessivo e se resume a um conjunto de elementos necessários à execução integral da obra, de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Exemplo: registro de preços de materiais de copa e cozinha, de limpeza e de gêneros em geral da Base Naval da Ilha das Flores RJ. Os responsáveis pela licitação realizaram estimativas de itens para aquisição com quantidades 25% superiores ao realmente necessário. A intenção era forçar que as empresas participantes baixassem os valores em razão da quantidade.

Conhecido como a “Farra de compras de fuzileiros”. <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tcu-cancela-farra-de-compras-de-fuzileiros,918149>

TCU:

Deve ser observada a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca, bem como a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas, utilizando o consumo e utilizações prováveis como parâmetro para fixação dos quantitativos, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas de estimação (**Acórdão 2155/2012, Plenário**).

1.3 Orçamento (Pesquisa de preços).

Art. 15, inciso V, da Lei nº 8.666/93.

IN 03/2017: Específica para a pesquisa de preços e as fontes de outras contratações da administração pública.

O TCU não admite planilhas de custos genéricas acerca do objeto a ser licitado. As planilhas devem expressar um orçamento detalhado por custo unitário, cujo pagamento já estava previsto para ser executado no orçamento do respectivo ano, com o objetivo de analisar se as propostas apresentadas estão de acordo com os preços praticados no mercado.

Para se ter um norte, existem sistemas de referências de preços criados e mantidos pelo poder público, como por exemplo o SINAPI (Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil) da Caixa Econômica Federal.

Outra preocupação que justifica a existência de orçamento é a realização de licitação com preços inexequíveis ou com sobrepreço (futuro superfaturamento) que dificultem ou inviabilizem a gestão dos contratos, culminando em eventual nulidade.

TCU:

Os sistemas oficiais de referência da Administração Pública refletem, em boa medida, os preços de mercado, e, por gozarem de presunção de veracidade, devem ter precedência em relação à utilização de cotações feitas diretamente com empresas do mercado. **Acórdão 1923/2016 – Plenário.**

A pesquisa de preços que antecede a elaboração do orçamento de licitação demanda avaliação crítica dos valores obtidos, a fim de que sejam descartados aqueles que apresentem grande variação em relação aos demais, e, por isso, comprometam a estimativa do preço de referência. **(Acórdão 403/2013 – Plenário).**

A falta ou realização da pesquisa de preços prévia junto a poucas empresas, com manifesta diferença nos valores dos orçamentos apresentados, não se mostra suficiente para justificar o valor do orçamento estimativo da contratação, pois impede a Administração contratante de aferir a vantajosidade real da contratação e os potenciais interessados de cotarem adequadamente suas propostas. **(Acórdão 1002/2015 – Plenário).**

Na elaboração do orçamento estimativo da licitação, devem ser utilizadas fontes diversificadas de pesquisa de preços, priorizadas as consultas ao Portal de Compras Governamentais e as contratações similares de outros entes públicos, em detrimento de pesquisas com fornecedores, publicadas em mídias especializadas ou em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, cuja adoção deve ser tida como prática subsidiária e complementar. **(Acórdão 3351/2015 – Plenário).**

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Então, fechamos aqui o primeiro ciclo relembrando que na fase de planejamento da licitação (fase interna) o administrador deve fazer escolhas que garantam a seleção da proposta mais vantajosa e que permitam à Administração a boa gestão da contratação (estes dois pontos devem convergir, porque não adianta selecionar a mais vantajosa se for inexequível) – isso inevitavelmente geraria vícios.

Portanto, o gestor deve atentar para a vinculação aos princípios administrativos, para a necessidade de apresentação do projeto básico/executivo (de acordo com os ditames legais e da IN n.º 5/2017); para a ausência de direcionamento da marca do objeto a não ser com laudo técnico prévio que justifique esta necessidade; para a exata quantificação do objeto, para a necessidade de mediante prévio orçamento; para as especificidades dos tipos e modalidades licitatórias e para o conteúdo das súmulas e dos precedentes do TCU sobre o tema, bem como para os respectivos julgados dos Tribunais Superiores.

BIBLIOGRAFIA:

1. FILHO, M. J. COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES. LEI 8.666/1993. Editora Revista dos Tribunais. 17ª edição. 2016.
2. VIEIRA, E. P. T. P. LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMENTADA. Editora Verbatim. 2ª edição. 2014.
3. VIEIRA, J. L. LICITAÇÕES E CONTRATOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Editora Edipro. 26ª Edição. 2014.
4. FURTADO, L. CURSO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Editora Fórum, 7ª Edição 2017.