

ANDRÉ THOMÉ VARGAS

**A INEFETIVIDADE DOS MECANISMOS DE CONTROLE APLICADOS AOS PROCESSOS
LICITATÓRIOS**

LEOPOLDINA
FACULDADES UNIFICADAS DOCTUM DE LEOPOLDINA - MG
2013

ANDRÉ THOMÉ VARGAS

**A INEFETIVIDADE DOS MECANISMOS DE CONTROLE APLICADOS AOS PROCESSOS
LICITATÓRIOS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Unificadas Doctum de Leopoldina- MG, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional e Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Fernando Amarante Barcellos

LEOPOLDINA
FACULDADES UNIFICADAS DOCTUM DE LEOPOLDINA - MG
2013

Ao meu pai José Antônio e à minha mãe Margareth, pelo apoio incondicional e pelo exemplo de amor verdadeiro. À minha querida irmã, que sempre me apoiou e incentivou. À minha saudosa avó Terezinha, que tanto amo e que hoje repousa sua alma. Ao amor da minha vida, Ana Cláudia, pelo carinho, amizade e por sempre acreditar no meu sucesso.

AGRADECIMENTO

Agradeço a todos os mestres, que com a graça do saber semeiam o conhecimento. Agradeço aos meus pais pelo esforço em possibilitar esta conquista em minha vida e pelo carinho e afeto no dia a dia. Agradeço também à minha irmã por ser minha inspiração de sucesso. Agradeço a toda a família, por sempre acreditarem e torcerem por mim. Agradeço também à minha amada, Ana Cláudia, pelo carinho e apoio em todas as horas. Você é meu porto seguro. Agradeço aos amigos de curso. Nossa convivência tornou a sacrificante caminhada mais prazerosa. Agradeço ainda a todos os funcionários da instituição, que também representam muito nesta conquista pessoal. Por fim, agradeço a todos aqueles que acreditaram e torceram para que este momento se concretizasse com sucesso.

“É preciso prestar atenção: nós homens não somos iguais. Há uns que não valem, outros que valem muito. Mas o nosso dever de Homem é diminuir a desigualdade humana.”
Pontes de Miranda

RESUMO

O presente estudo consiste em trabalho de conclusão de curso que tem como escopo esclarecer o porquê de os diversos mecanismos de controle e fiscalização dos atos praticados nos processos licitatórios não se apresentarem eficientes. Para tanto, será abordado no primeiro capítulo do trabalho os mecanismos de controle previstos na legislação e sua respectiva legitimação para exercê-lo. Posteriormente serão analisadas as diretrizes, modalidades e demais peculiaridades relativas aos processos licitatórios, previstas na Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93). Por fim, demonstrar-se-á o controle exercido nos processos licitatórios, dando ênfase aos motivos e dificuldades encontradas e que resultam na inefetividade de tal mecanismo. Ao final serão abordadas ainda possíveis soluções para que o controle seja exercido de maneira mais efetiva e eficiente nos processos licitatórios, de forma a combater as inúmeras fraudes e desvios de verbas dos cofres públicos.

Palavras-chave: Competência. Controle. Ato administrativo. Licitação Pública. Efetividade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 FORMAS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	08
1.1 CONTROLE EXTERNO.....	08
1.2 CONTROLE INTERNO.....	13
1.3 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE CONTROLE.....	15
2 PROCESSOS LICITATÓRIOS	20
2.1 DIRETRIZES GERAIS SOBRE LICITAÇÃO.....	20
2.2 MODALIDADES.....	24
2.2.1 Concorrência	25
2.2.2 Tomada de preços	26
2.2.3 Convite	28
2.2.4 Concurso	29
2.2.5 Leilão	30
2.2.6 Pregão	31
2.2.7 Regime diferenciado de contratação (Lei da Copa)	33
2.3 CRITÉRIO DE JULGAMENTO	34
2.4 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE	35
2.5 EXIGIBILIDADE DE TRANSPARÊNCIA.....	36
3 A INEFETIVIDADE DO CONTROLE NA LICITAÇÃO	38
3.1 O CONTROLE NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS	38
3.2 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA MAIOR EFETIVIDADE DO CONTROLE NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46
ANEXO I – PESQUISA DE CAMPO JUNTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL	
ANEXO II – PESQUISA DE CAMPO JUNTO AO PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL	
ANEXO III – PESQUISA DE CAMPO JUNTO AOS CIDADÃOS LEOPOLDINENSES	

INTRODUÇÃO

Com base no disposto na Constituição Federal de 1988 e nas Leis 8.666/93 e 10520/02 o presente trabalho tem como escopo demonstrar o porquê de os mecanismos de controle e fiscalização dos atos administrativos praticados no decorrer dos processos licitatórios têm se mostrado inefetivos.

O primeiro capítulo procura introduzir a ideia de exercício de controle entre os três Poderes, como forma de garantir a obediência à legalidade e à busca do interesse público. Apesar de os três Poderes exercerem atividades de cunho administrativo, sujeita então ao controle já mencionado, por ser atividade puramente típica do Poder Executivo, será ele objeto central do presente estudo.

Ainda no primeiro capítulo, será demonstrado a previsão legal quanto aos legitimados para exercer o controle dos atos administrativos em geral, dando ênfase aos mecanismos utilizados nos processos licitatórios.

O segundo capítulo visa esclarecer as disposições trazidas pela Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93), demonstrando suas diretrizes gerais, o respeito aos princípios elencados, bem como as modalidades de contratação adotadas para a realização de contratos entre o Poder Público e os particulares.

Trata ainda de elucidar os casos previstos no Estatuto em que as licitações podem ser dispensadas, além dos casos em que a mesma não deverá ser utilizada, autorizando, assim, a contratação direta pelo Poder Público.

O terceiro e último capítulo visa trabalhar os conteúdos percorridos nos capítulos 1 e 2, com foco na realização do controle nos procedimentos licitatórios, demonstrando os problemas enfrentados na realização prática de tal controle.

Como forma de contribuição para o âmbito científico e prático, o capítulo terceiro mencionará condutas que, se realizadas, podem vir a contribuir a dar maior efetividade aos mecanismos de controle.

Por fim, com o intuito de demonstrar as dificuldades encontradas pelos órgãos fiscalizadores no exercício do controle administrativo, o presente estudo trará pesquisas de campo realizadas junto a alguns entes legitimados.

1 FORMAS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 CONTROLE EXTERNO

A atual sistemática do sistema de separação dos poderes presente no Direito Brasileiro, assim como a de diversos países, teve inspiração nos pensamentos do grande filósofo Aristóteles, que já elencava a coexistência de três funções distintas, que, contudo, se concentravam na figura de uma única pessoa, o soberano detentor dos poderes.

Posteriormente tal ideia foi aprimorada por Montesquieu, que preconizava que os três poderes estariam intimamente ligados, mas em órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. As funções se dividiriam em cada órgão, abstendo-se da ideia do soberano defendida por Aristóteles.¹ Nessa perspectiva, assim preconizou Montesquieu:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.²

Ante a necessidade de fiscalização harmônica entre os poderes, a atividade administrativa, exercida de forma típica pelo Poder Executivo, caracteriza-se como uma das atividades que mais necessita de fiscalização, pois suas decisões atingem, de forma direta e indireta, toda a sociedade. Entretanto, essa característica não é exclusiva do Poder Executivo. Podem os poderes Legislativo e Judiciário exercerem atividade

¹ LENZA, 2010, P. 397.

² MONTESQUIEU, 2000, P. 168.

administrativa, sempre que a Constituição autorizar, caracterizando uma atividade atípica, no intuito de organizar seus serviços internos.³

Nesse sentido, preocupou-se a Constituição Federal de 1988 em mencionar expressamente em seu texto, mais precisamente no artigo 2º, que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. O que a Carta Magna quis demonstrar é que cada Poder exercerá sua atividade principal de forma autônoma, mas estarão sujeitos ao controle dos demais poderes. Esse mecanismo é denominado “*check and balances*” e deriva-se de ordenamentos alienígenas.

No direito brasileiro, o mecanismo de freios e contrapesos busca garantir a lisura e a melhor finalidade dos atos praticados pelos três Poderes. Em relação a tal mecanismo, é imperioso a menção ao que define Dalmo de Abreu Dallari:

O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a normal geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência.⁴

O Poder Executivo, cuja natureza principal é a de praticar atos administrativos, sujeita-se ao controle dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer o próprio controle de seus atos, devido ao seu poder de autotutela.

O controle exercido pelos Poderes Legislativo e Judiciário denomina-se controle externo, ante a peculiaridade de ser realizado por órgãos alheios àquele que praticou o

³ CARVALHO FILHO, 2011, P. 1-2.

⁴ DALLARI apud LENZA, 2010, P. 398.

ato administrativo. Tal controle é necessário para que não haja a desvinculação dos atos administrativos aos princípios impostos pela Constituição Federal à Administração Pública.

A renomada autora Maria Sylvia Zanella di Pietro assim conceitua o controle exercido sobre os atos da administração pública:

pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.⁵

O controle externo dos atos administrativos pode ser exercido de várias maneiras e pode ocorrer em momento prévio, concomitante ou posterior. No caso de o controle ser exercido antes da concretização do ato, temos o controle sendo exercido de maneira prévia. Caso este controle se desenvolva juntamente com a prática do ato, por exemplo, durante a realização de uma licitação, caracterizado está o controle concomitante. Em contrapartida, sendo o controle formalizado após a realização do ato administrativo, será este um controle exercido em momento posterior à prática do ato.

O artigo 49 da Constituição Federal trata da competência exclusiva do Congresso Nacional, e dispõe em seu inciso X que caberá ao Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas Legislativas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.

Nesse mesmo sentido, o artigo 70 da Carta Magna estabelece que o Congresso Nacional, mediante controle externo, exercerá a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, economicidade, legitimidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Ressalta-se ainda o disposto no artigo 71 da CF/88, que deixa claro que o controle externo exercido pelo Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

⁵ DI PIETRO, 2004, P. 623.

O Tribunal de Contas consiste em outro órgão legitimado a exercer o controle externo da atividade administrativa. Conforme corrente majoritária, o Tribunal de Contas é órgão independente e autônomo, desvinculado de qualquer Poder, cuja função mister é o auxílio ao Congresso Nacional no exercício do controle externo.⁶

O Poder Judiciário também exerce controle externo da atividade administrativa, contudo, não possui poderes para agir *ex officio*. Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo⁷, no sistema jurídico brasileiro o Poder Judiciário ocupa posição privilegiada, visto que adota-se no país o sistema de jurisdição una, que se caracteriza pelo fato de se atribuir tão somente ao Poder Judiciário o poder de proferir decisões de cunho definitivo dos litígios que buscam soluções no Direito.

De forma a confirmar tal posicionamento do ordenamento a Constituição Federal de 1988 elencou em seu art. 5º, inciso XXXV, como um dos direitos e deveres individuais e coletivos, o fato de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça à direito.

Contudo, tal controle é limitado por força do Princípio da Inércia do Poder Judiciário, insculpido no artigo 2º do Código de Processo Civil, que dispõe que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais. Sendo assim, o controle judicial dependerá de atos externos para ser exercido de forma plena.

O Poder Judiciário poderá exercer tal controle através de decisões proferidas em mandados de segurança, mandados de injunção, habeas corpus, habeas data, ação popular e em ações civis públicas. Cabe ressaltar que o controle judicial dos atos administrativos atinge tão somente a legalidade do ato, não interferindo em seu caráter meritório.

O Ministério Público consiste em outro órgão competente para realizar a fiscalização e controle dos atos administrativos. Devido à sua estrutura e independência funcional e administrativa, o Ministério Público consiste no órgão mais capacitado a exercer o controle da administração pública. O artigo 129 da Constituição Federal⁸

⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União, Autonomia e Vinculação. Acesso em: 05 de out de 2013.

⁷ DE MELLO, 2004, P. 836.

⁸ Assim dispõe o artigo 129 da CF/88: São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

atribui várias funções ao órgão ministerial, inclusive a de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. É através destes mecanismos que o Ministério Público atua como fiscalizador e exerce certo controle dos atos administrativos.

O inquérito civil é o mecanismo através do qual o Ministério Público realiza suas investigações. Provada a conduta do agente administrativo, o inquérito instruirá a ação civil pública.

Nesse sentido, há ainda a possibilidade de o *Parquet* realizar um Termo de Ajustamento de Conduta (T.A.C.), onde o investigado já se obriga a cumprir, de forma extrajudicial, a reparação/compensação do ato danoso. O TAC vincula o investigado ao Ministério Público, sendo certo que sua apreciação pelo Poder Judiciário só se dará em caso de descumprimento do mesmo.

Poderá ainda o representante do Ministério Público, dentro do inquérito civil, emitir recomendações aos órgãos públicos como forma de enquadrar a conduta dos agentes públicos ao previsto na legislação.

Todos esses mecanismos acima explicitados coexistem no intuito de restringir a liberdade de atuação dos administradores, de forma a observar se os atos administrativos estão sendo realizados de acordo com o previsto na lei e se estão atendendo à finalidade pública.

-
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
 - III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
 - IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
 - V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
 - VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
 - VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
 - VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
 - IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

1.2 CONTROLE INTERNO

Os atos administrativos estão sujeitos a controle. Como já vimos, tal controle pode ser exercido por órgãos/poderes diversos ao da autoridade competente, caracterizando o controle externo. Contudo, existe a possibilidade de a própria autoridade competente exercer o controle de seus atos, consubstanciando-se no exercício do controle interno em consonância com o princípio da autotutela.

A ilustríssima Maria Sylvia Zanella di Pietro assim elucida:

O controle sobre os órgãos da Administração Direta é um controle interno e decorre do poder de autotutela que permite à Administração Pública rever os próprios atos quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes. Esse poder é amplamente reconhecido pelo Poder Judiciário em cujo âmbito foram formuladas as Súmulas nº 346 e 473, pelo STF; nos termos da primeira, “a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”; e, em conformidade com a segunda, “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vício que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.⁹

De tal fato, como o próprio nome sugere, o controle interno consiste no exercício da atividade de controle do ato administrativo por órgãos pertencentes ao mesmo Poder ao qual está vinculada a atividade.

Consoante conceito definido pelo professor Marçal Justen Filho, “o controle administrativo interno é verificação, desenvolvida no âmbito do próprio Poder, da legalidade e da oportunidade dos atos administrativos produzidos pelos seus órgãos e autoridades.”¹⁰

Da mesma forma, o ilustre professor Hely Lopes Meirelles conceitua o controle interno:

É todo aquele realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito da própria Administração. Assim, qualquer controle efetivado pelo Executivo sobre seus serviços ou agentes é considerado interno,

⁹ DI PIETRO, Op. Cit., P. 625.

¹⁰ JUSTEN FILHO, 2006, P. 754.

como interno será também o controle do Legislativo ou do Judiciário, por seus órgãos de administração, sobre seu pessoal e os atos administrativos que pratique.¹¹

O Estado Democrático de Direito em que vivemos atualmente vincula a atividade administrativa ao respeito aos princípios da legalidade e da satisfação do interesse público. Deste modo, todos os atos administrativos praticados deverão ter plena consonância com os dispositivos legais e com a finalidade pública, sob pena de serem revogados ou anulados.

Neste viés, torna-se o controle interno elemento necessário ao cumprimento da legalidade e do atendimento ao interesse público. Prova disto é o disposto no artigo 74 da Constituição Federal, que dispõe que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno. A atividade de controle passa a ser inerente a todos os Poderes, contudo, ocorre com maior frequência no Poder Executivo.

O controle interno exercido no âmbito da Administração Pública abrange a Administração Direta e Indireta. Quando esse controle é exercido pela Administração Direta, decorrente de seu poder de autotutela, permite rever os atos ilegais, inoportunos ou inconvenientes. Quando exercido pela Administração Indireta, decorre tão somente do poder de tutela, devendo tal controle ser exercido nos limites estabelecidos na lei.¹²

Enquadrando-se no exercício do controle interno, tendo em vista ser mecanismo inerente a qualquer cargo público ou representativo, temos a ocorrência do fenômeno denominado *accountability*, pouco explorado pelo ordenamento pátrio.

O termo *accountability* encontra dificuldades de ser traduzido de forma satisfatória para a língua portuguesa. Para melhor entendimento, é necessário recorrer aos dicionários ingleses, país cuja palavra teve sua primeira aparição, existindo desde o final do século XVII.

Referido termo denota à ideia de responsabilização e do dever de prestar contas. Nesse sentido, informam José Antônio Pinho e Ana Rita Sacramento em seu artigo:

¹¹ MEIRELLES, 1999, P. 600.

¹² DI PIETRO, Op. Cit., P. 625.

Buscando o significado da palavra *accountability* em dicionários, justamente para apreender com maior precisão o que o termo significa em inglês e como tem sido traduzido para o português, constatou-se que o significado do conceito envolve responsabilidade (objetiva e subjetiva), controle, transparência, obrigação de prestação de contas, justificativas para as ações que foram ou deixaram de ser empreendidas, premiação e/ou castigo.¹³

A ideia caracterizada pelo termo *accountability* não vincula tão somente o administrador ou agente público. Certo é que o dever de prestar contas torna-se inerente ao cargo ocupado, mas para se realizar todo o mecanismo traduzido da palavra deve existir uma interação entre os mecanismos inerentes ao cargo público e os mecanismos externos de controle, mais precisamente os utilizados pelos cidadãos.

A pouca utilização do *accountability* no Brasil muito se deve ao fragilizado exercício de cidadania do país. Assim como o conceito de *accountability*, que está começando a tomar forma na sistemática brasileira, o conceito de nação ainda não se concretizou da maneira como deveria.

Após mais de duas décadas de Regime Democrático, a população ainda não aprendeu a ser cidadã, posto que os direitos inerentes a tal posto não caracterizam-se apenas pelo exercício do voto.

Para vivermos em um Estado verdadeiramente democrático, deve a população brasileira honrar os direitos assegurados na Constituição e cobrar maior transparência dos agentes públicos, unindo os direitos assegurados pela cidadania e as condutas inerentes ao conceito de *accountability*.

1.3 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE CONTROLE

A tutela do interesse público, exercida de certa forma pelo do controle dos atos administrativos, não se restringe somente aos mecanismos internos e externos previstos na legislação. Métodos alternativos e exercidos por órgãos ou pessoas diversas das mencionadas podem se aplicar no controle da Administração Pública.

¹³ PINHO, José Antônio Gomes; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability: já podemos traduzi-la para o português?* Acesso em: 09 de dez de 2013.

A Constituição Federal de 1988, ao positivizar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, estabeleceu que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.¹⁴

Nesse diapasão, cabe a qualquer cidadão, caracterizado como aquele em pleno exercício de seus direitos políticos, ingressar com ação popular contra atos da Administração Pública, exercendo, de certa forma, controle sobre os atos administrativos.

Tal direito tem escopo no direito de petição, também elencado na CF/88, art. 5º, XXXIV, “a”, *in verbis*: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso do poder.”¹⁵ Desta forma, torna-se o cidadão, eterno destinatário da grande maioria dos atos administrativos, legitimado para exercer a fiscalização e controle dos atos praticados pela Administração Pública.

O renomado professor José Dos Santos Carvalho Filho, assim considera o direito de petição:

Outro relevante instrumento de controle administrativo é o direito de petição. Consiste esse direito, de longínqua tradição inglesa, na faculdade que têm os indivíduos de formular aos órgãos públicos qualquer tipo de postulação, tudo como decorrência da própria cidadania.¹⁶

Além da possibilidade de propositura de ação popular, podem os administrados exercer direito de petição junto aos órgãos administrativos através da interposição de recursos contra as decisões/atos. É a chamada revisão recursal, assim definida por José dos Santos Carvalho Filho:

Como instrumento de controle administrativo, a revisão recursal significa a possibilidade de eventuais interessados se insurgirem formalmente contra

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Acesso em: 08 de novembro de 2013.

¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Acesso em: 08 de nov de 2013.

¹⁶ CARVALHO FILHO, 2011, P. 550.

certos atos da Administração, lesivos ou não a direito próprio, mas sempre alvitando a reforma de determinada conduta.¹⁷

Segundo o renomado autor, o recurso administrativo possui requisitos a serem observados e tem como fundamento o sistema da hierarquia dos órgãos administrativos. Ante a presença dos princípios da publicidade e da formalidade no Direito Administrativo, deve o recorrente observá-los, sob pena de indeferimento de seu pedido.

Ademais, em estreita relação com a legitimidade ativa prevista no processo civil, é dever do recorrente demonstrar seu inconformismo com o ato combatido, pois se não há dano não há interesse na interposição do recurso.¹⁸

Outros mecanismos ainda podem ser utilizados pelos cidadãos no intuito de exercer certo controle, de modo a modificar o ato realizado. A propositura dos chamados remédios constitucionais, como mandados de segurança, habeas data, habeas corpus e mandados de injunção, que apesar de serem julgados pelo Poder Judiciário, são mecanismos alternativos pelo qual a sociedade pode se utilizar para exercer o controle da atividade administrativa.

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, “os remédios constitucionais são meios de provocar o controle jurisdicional de ato da Administração”.¹⁹

Outros mecanismos também ficam à disposição dos administrados para, de certa forma, exercerem controle dos atos praticados pela administração. Vários são os dispositivos legais que garantem à sociedade o poder de se informarem e de participarem de certos atos ou decisões tomadas pela Administração Pública.

Outrossim, comunidades ou entidades representativas também exercem sistema de controle, ao reivindicar a inefetividade ou falta de políticas públicas. Atualmente atribui-se a esse tipo de controle a denominação controle social.²⁰

Algumas leis também servem como norteadores e limitadores do poder estatal, exercendo assim o controle da atividade. Talvez a mais importante delas, com relação

¹⁷ CARVALHO FILHO, 2011, P. 550.

¹⁸ CARVALHO FILHO, 2011, P. 552-553.

¹⁹ DI PIETRO, 2004, P. 650.

²⁰ CARVALHO FILHO, *ibidem*, P. 551.

bem próxima à tomada de decisões dentro do poder público, está a Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, denominada Lei de Improbidade Administrativa.

Apesar de definir sanções aplicáveis aos agentes públicos, atua, de certa forma, como um limitador à liberdade com que o agente atua, restringindo as chances de atuação para interesse próprio.

Seguindo essa linha de raciocínio ainda temos a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal; A Lei 8.666, de 21 de junho de 1988, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública; A Lei 12.527, de 18 de novembro e 2011, que regula o acesso a informações; as Leis de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, além de várias outras legislações que visam regulamentar/nortear determinadas condutas administrativas.

Ainda atuando como mecanismo cujo fito é exercer certo controle dos atos administrativos, mais precisamente os relativos aos gastos de verbas e políticas públicas, surgem no Brasil, com mais força nas décadas de 70 e 80, os denominados Conselhos Municipais, Setoriais ou Conselhos de Políticas Públicas.

Os Conselhos nada mais são que “canais de participação que articulam representantes da população e membros do poder público estatal em práticas que dizem respeito à gestão de bens públicos”.²¹

Através da atividade exercida pelos Conselhos, em total consonância com o modelo de Democracia existente no país, os cidadãos passam a ter a oportunidade de participar das formulações e tomadas de decisões das políticas públicas e sociais, de forma a majorar a cobrança de prestação de contas por parte do Estado.

Os Conselhos possuem atribuições consultivas, deliberativas e também de controle. Deste modo, podem os Conselhos emitir apenas opiniões, proferir decisões/pareceres, vinculando, neste caso, a autoridade responsável, ou apenas participar de forma a controlar a tomada de decisões e suas execuções.

Ademais, os Conselhos possuem grande importância posto que são criados por lei e possuem caráter obrigatório, tendo em vista ser instrumento indispensável para que os recursos destinados à consecução dos programas sociais sejam repassados.

²¹ GOHN, 2001, P. 07.

A estrutura organizacional dos mencionados órgãos é composta de forma paritária por representantes do Poder Público e representantes da sociedade civil. Por tal peculiaridade, atribuiu-se aos Conselhos importante destaque como mecanismo alternativo para o exercício do controle da atividade administrativa, embora desconhecido da maioria dos cidadãos.²²

²² CONSELHOS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS: DEMOCRACIA, CONTROLE SOCIAL E INSTITUIÇÕES. Acesso em: 26 de nov de 2013.

2 PROCESSOS LICITATÓRIOS

2.1 DIRETRIZES GERAIS SOBRE LICITAÇÕES

O Poder Público, seja na realização de suas políticas públicas ou na simples manutenção dos seus serviços cotidianos, necessita da contratação de produtos e serviços. Contudo, tal contratação reveste-se de certas peculiaridades que não estão presentes em contratos de compra e venda ou contratos de prestações de serviços realizados entre particulares.

Ante a peculiaridade da presença do Poder Público na celebração do contrato, alguns princípios e formalidades devem ser respeitados. Tal condição insurgiu com a promulgação da Constituição da República de 1988 que, ao tratar da Administração Pública, foi explícita em trazer a obrigatoriedade do processo licitatório. Vejamos o disposto no artigo 37, XXI da Carta Magna:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.²³

A fim de regular o disposto na Constituição da República, em 21 de junho de 1993 passou a figurar no mundo jurídico a Lei 8.666, instituindo normas a serem seguidas na concretização da contratação pelo Poder Público. Através do processo licitatório a Administração busca obter o melhor produto ou serviço com o menor gasto possível.

²³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Acesso em: 10 de nov de 2013.

Conforme ensinado por BÉNOIT, busca-se com a realização da licitação “o particular melhor qualificado, em melhores condições e para obter o melhor resultado possível²⁴.” Toshio Mukai também esclarece sobre o processo licitatório:

podemos verificar que a licitação significa um cotejo de ofertas (propostas), feitas por particulares ao Poder Público, visando a execução de uma obra, a prestação de um serviço, um fornecimento ou mesmo uma alienação pela Administração, onde se há de escolher aquela (proposta) que maior vantagem oferecer, mediante um procedimento administrativo regrado, que proporcione tratamento igualitário aos proponentes, findo o qual poderá ser contratado aquele que tiver oferecido a melhor proposta²⁵.

Nessa linha de raciocínio, vejamos o conceito do renomado autor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de *competição*, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.²⁶

Deste modo, percebe-se que a Administração Pública sujeita-se ao processo licitatório quando necessita contratar serviços ou obras e adquirir ou alienar bens, ressaltando que determinadas situações demonstram-se excepcionais, possibilitando a dispensa ou inexigibilidade de tal processo.

É mister salientar que os três Poderes da União estão sujeitos ao regime licitatório, não somente a Administração Pública, representada pelo Poder Executivo. Os Poderes Legislativo e Judiciário também se sujeitam a tais regras, sempre que exercerem suas atividades atípicas atinentes à administração.²⁷

A Lei 8.666 é composta por normas gerais sobre licitações, em conformidade com o preconizado no art. 22, XXVII da CF/88, que atribui como competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitações e contratações.

²⁴ BÉNOIT apud JUSTEN FILHO, 2004, P. 1.

²⁵ MUKAI, Toshio, 1999, P. 1.

²⁶ DE MELLO, 2004, P. 483.

²⁷ JUSTEN FILHO, 2004, P. 14.

Nesse esteio, não se atribui somente as obediências e observâncias do conteúdo da Lei de Licitação à União. Os Estados, Distrito Federal e Municípios também estão sujeitos aos dispositivos da Lei. Contudo, não há óbice de que tais entes legislem normas específicas a fim de tutelar os trâmites da licitação, ressaltando que tais normas terão aplicação somente no âmbito do ente que a instituiu. Sob este viés explica Marçal Justen Filho:

Logo, apenas as normas “gerais” são de obrigatória observância para as demais esferas de governo, que ficam liberadas para regular diversamente o restante, exercendo competência legislativa irreduzível para dispor acerca das normas específicas. A expressão “norma geral” pressupõe a existência de “norma especial”. Portanto, a União não dispõe de competência privativa e exclusiva para legislar sobre licitações e contratos administrativos. Os demais entes federativos também dispõem de competência para disciplinar o tema.²⁸

Ademais, é de suma importância esclarecer que a obediência aos processos licitatórios vincula a Administração Direta e Indireta. As empresas que, embora sujeitas ao regime de direito privado, possuem algum percentual de verba pública em seu capital, também devem respeitar as regras trazidas pela Lei 8.666/93.

Superado o conceito de licitação, é importante atentar-se à observância de alguns princípios correntes no ordenamento e que estão atrelados ao processo licitatório. Inicialmente, é imperioso entender o conceito de princípio, a fim de compreender tamanha importância que desempenha em um sistema de normas.

É de grande dificuldade conceituar a palavra princípio, tal a sua importância e relevância. O renomado e estudioso Celso Antônio Bandeira de Mello, grande nome do Direito Administrativo, conseguiu elucidar da melhor maneira o conceito de princípio, comumente utilizado e citado em várias obras, senão vejamos:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.²⁹

²⁸ JUSTEN FILHO, 2004, P. 13.

²⁹ DE MELLO, Op. Cit., P. 841-842.

Dada a importância dos princípios, completa ainda o nobre autor esclarecendo que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.”³⁰

Entretanto, não há consenso de quais seriam os princípios aplicados aos processos licitatórios. Alguns autores elencam dois ou três princípios, outros trazem oito ou nove. Nesse caso, estudaremos os mais utilizados.

A Lei 8.666 trouxe expressamente em seu artigo 3º os princípios aos quais a licitação será processada e julgada, em estrita conformidade. Contudo, nada impede que outros princípios sejam observados. Vejamos o que aduz o art. 3º da Lei de Licitações:

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.³¹

Ao observarmos a redação do referido artigo, percebe-se em sua parte final que o legislador deixou margem para a observância de outros princípios correlatos. Deste modo, alguns autores trazem um ou outro princípio que entendam pertinentes.

O saudoso Hely Lopes Meirelles³² elenca ainda como princípios atinentes ao processo licitatório o procedimento formal, o sigilo na apresentação das propostas e a adjudicação compulsória ao vencedor. Já Marçal Justen Filho³³ ainda prevê o Princípio da Razoabilidade e da Economicidade.

Certo é que o processo licitatório reveste-se de vários princípios, todos no intuito de assegurar maior lisura ao processo e o melhor atendimento ao interesse público.

³⁰ DE MELLO, Op. Cit., P. 842.

³¹ BRASIL. Lei de Licitações e Contratos. Acesso em: 12 de nov de 2013.

³² MEIRELLES, 2004, P. 266 e 267.

³³ JUSTEN FILHO, 2004, P. 54 e 60.

Superado o entendimento sobre as regras a serem seguidas na realização do procedimento licitatório, torna-se importante o conhecimento de quais as modalidades existentes e seus critérios de julgamento adotados para a realização da contratação.

2.2 MODALIDADES

Dentro das regras gerais previstas na Lei 8.666 temos a existência de cinco modalidades de licitações. Cada modalidade possui requisitos próprios e se destinam a determinado tipo de contratação. Consoante artigo 22 da Lei de Licitações³⁴, temos como modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Tais modalidades devem obedecer a determinadas fases previstas na legislação, quais sejam, a abertura do edital, a habilitação, a classificação, a homologação e a adjudicação.

Na fase de habilitação o ente licitante analisa os documentos de cada participante do processo a fim de conferir se preenche os requisitos previstos no edital. A fase de classificação consiste no julgamento das propostas, é o momento em que o Poder Público analisa e seleciona a proposta mais vantajosa para o atendimento da finalidade pública. Já a homologação consiste no ato pelo qual a autoridade competente analisa todos os outros atos realizados no processo, a fim de averiguar se houve alguma irregularidade.

Não havendo nada a se sanar ou inexistindo irregularidade a ponto de invalidar/anular o processo, homologa-se a licitação. Por fim, temos a adjudicação, que é o ato pelo qual a autoridade licitante indica o participante vencedor, sem que tal decisão vincule o ente administrativo à celebração do contrato, posto que pode a Administração, a qualquer tempo e mediante plausível justificação, deixar de celebrar o contrato objeto do processo licitatório.

Na seara administrativa do país existem outras modalidades utilizadas para a realização de contratação pelo Poder Público, apesar de não estarem expressamente previstas na Lei de Licitações. Uma delas é a modalidade criada pela Medida Provisória

³⁴ BRASIL. Lei de Licitações e Contratos. Acesso em: 18 de nov de 2013.

2.026/2000, sendo posteriormente convertida na Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, somente 09 anos após a inserção no ordenamento jurídico da Lei de Licitações.

Tal modalidade denomina-se pregão, sendo muito utilizada nos procedimentos atuais ante a sua economicidade, tendo em vista sua característica de contratação com aquele que oferecer o lance de menor valor.

Recentemente outra modalidade de licitação foi criada, denominada RCC – Regime Diferenciado de Contratações. Essa modalidade foi instituída com a finalidade de ser usada apenas em alguns casos específicos, como veremos adiante.

Nesse sentido, se faz necessário observarmos as características de cada modalidade. A própria Lei de Licitação menciona de forma clara em quais situações poderá ser usada cada modalidade prevista em seu texto. Desta forma, veremos a peculiaridade de cada uma delas.

2.2.1 Concorrência

Prevista no inciso I do artigo 22 da Lei 8.666/93³⁵, a concorrência é a modalidade de licitação onde qualquer interessado no certame pode participar, desde que comprove, em tempo hábil, possuir os requisitos previstos no edital. É o que dispõe o parágrafo primeiro do artigo 22.³⁶

Interpretando ainda o previsto no artigo 23 da Lei 8.666, temos que a concorrência é modalidade obrigatória para a realização de obras e serviços de engenharia de valor superior a R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); para compras e serviços que não sejam de engenharia, de valor superior a R\$650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); compra e alienação de bens imóveis, qualquer que seja o seu valor; concessões de direito real de uso; licitações internacionais; alienação de bens móveis de valor superior a R\$650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) e

³⁵ O artigo 22 da Lei 8.666 dispõe que: “São modalidades de licitação: I – concorrência”.

³⁶ O artigo 22 da Lei 8.666, além de elencar em seus incisos quais as modalidades de licitação, preocupou-se em discorrer em seus parágrafos as características de cada modalidade. Neste sentido, dispõe o parágrafo primeiro do artigo 22: “Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.”

também para a realização de registro de preços das compras realizadas pela Administração.³⁷

Nesse esteio, segundo Marçal Justen Filho³⁸ caracteriza-se a concorrência em modalidade que comporta maior amplitude, pois dela podem participar quaisquer interessados, onde na fase de Habilitação a Administração irá examinar se o concorrente interessado preenche ou não os requisitos previstos no edital.

Diante de todas as características atinentes a tal modalidade, conclui-se que sua utilização destina-se para a alienação de produtos e/ou serviços de grande vulto, na realização de contratos cujo valor seja consideravelmente elevado. Seguindo este raciocínio, preconiza Hely Lopes Meirelles:

“Concorrência é a modalidade de licitação própria para contratos de grande valor, em que se admite a participação de quaisquer interessados, cadastrados ou não, que satisfaçam as condições do edital, convocados com a antecedência mínima prevista na lei, com ampla publicidade pelo órgão oficial e pela imprensa particular.”³⁹

De tal modo temos que a concorrência caracteriza-se por ter o procedimento mais complexo dentre os previstos na lei de licitações em decorrência dos valores elevados dos contratos a serem celebrados. Desta forma, a Administração poderá optar pela modalidade concorrência para todo e qualquer valor, desde que sua adoção seja mais benéfica para a Administração na consecução do interesse público.

2.2.2 Tomada de preços

Com uma sistemática pouco diferente da adotada na modalidade concorrência, a tomada de preços é uma modalidade de licitação que caracteriza-se por certa limitação ao número de participantes, tendo em vista a condição de habilitação prévia através de registros cadastrais perante o ente licitante. Consoante previsto no parágrafo segundo do artigo 22, “Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados

³⁷ DI PIETRO, 2004, P. 322 e 323.

³⁸ JUSTEN FILHO, 2004, P. 198.

³⁹ MEIRELLES, Op. Cit., P. 304.

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.”⁴⁰

A modalidade tomada de preços é utilizada para a realização de compras de produtos ou serviços semelhantes aos previstos para a modalidade concorrência, diferenciando-se quanto ao valor do contrato.

Nesse aspecto, em consonância com o disposto no artigo 23 da Lei de Licitações, pode-se concluir que tal modalidade será utilizada para a contratação de obras e serviços de engenharia cujo valor não seja superior a R\$1.500.000 (um milhão e quinhentos mil reais) e para compras e serviços, exceto de engenharia, cujo valor limite seja de R\$650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Ademais, pode a Administração utilizar-se da tomada de preços para a realização de licitações internacionais, observando os limites de valores estabelecidos para tal modalidade e desde que o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho⁴¹, a tomada de preços destina-se a contratações de vulto médio e por essa característica torna-se um procedimento licitatório menos formal. Desta forma, a divulgação do certame acaba sendo menos ampla e os prazos das publicações menores, tornando-se, em contrapartida, um procedimento mais célere.

Seguindo essa linha de raciocínio, Hely Lopes Meirelles assim dispõe:

O procedimento da tomada de preços, inclusive quanto ao julgamento por Comissão de três membros no mínimo, é o mesmo da concorrência. O que a caracteriza e distingue da concorrência é a existência da habilitação prévia dos licitantes através dos registros cadastrais, de modo que a habilitação preliminar se resume na verificação dos dados constantes dos certificados de registro dos interessados e, se for o caso, se estes possuem a real capacidade operativa e financeira exigida no edital.⁴²

Desta forma concluímos que a tomada de preços em muito se assemelha à modalidade concorrência, observadas suas peculiaridades. Cabe ao ente licitante

⁴⁰ BRASIL. Lei de Licitações e Contratos. Acesso em: 21 de nov de 2013.

⁴¹ CARVALHO FILHO, 2010, P. 158.

⁴² MEIRELLES, Op. Cit., P. 311.

observar os regramentos legais e enquadrar a licitação na modalidade que melhor o atende.

2.2.3 Convite

Convite é a modalidade de licitação destinada aos mesmos objetos da concorrência e da tomada de preços, diferenciando-se pela sistemática do processo, que neste caso é mais simples, e pelos valores do contrato. Segundo o disposto no artigo 22 da Lei 8.666/93, “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.”⁴³

Nesta modalidade não há exigência de publicação de edital, posto que a convocação para participação do procedimento é realizada através de carta-convite. Contudo, inovou o Estatuto possibilitando a participação na licitação dos interessados não convidados, desde que cadastrados previamente, conforme disposto no artigo mencionado. Para tanto, preocupou-se a lei em exigir ao ente licitante a fixação de cópia do instrumento convocatório em local apropriado, atendendo assim o princípio da publicação.⁴⁴

Desta forma, temos que o convite será utilizado para contratação de obras e serviços de engenharia cujo valor máximo não ultrapasse R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e para compras e serviços, exceto de engenharia, cujo valor limite seja R\$80.000,00 (oitenta mil reais). É o que dispõe o artigo 23 do Estatuto.

Insta salientar que a Lei 8.666/93 preocupou-se em elencar uma regra para essa modalidade, de forma a dificultar fraudes ou conluios, posto que há certa liberalidade da Administração em convidar os participantes. Deste modo, estabeleceu o parágrafo 6º

⁴³ BRASIL. Lei de Licitações e Contratos. Acesso em: 21 de nov de 2013.

⁴⁴ DI PIETRO, Op. Cit., P. 328.

do artigo 22 que “existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.”⁴⁵ Desta forma, visa a legislação evitar que as cartas-convite sejam enviadas aos mesmos interessados, atribuindo, assim, tratamento diferenciado entre os participantes.

Ademais, prevê o Estatuto que havendo interessados em número inferior a 3 (três), a licitação não poderá ser realizada, devendo-se repetir o ato convocando-se novos interessados. É o que se interpreta do parágrafo 7º da Lei 8.666/93.⁴⁶

Por tais características, é a modalidade convite a mais simples das modalidades de licitação, por caracterizar-se em uma modalidade destinada a contratações de pequeno vulto, ou seja, contratações cujo valor do contrato seja consideravelmente pequeno.

2.2.4 Concurso

Diferenciando-se das modalidades de licitação até aqui mencionadas, o concurso é a modalidade destinada para contratação/escolha de trabalhos técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração dos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, consoante disposto no artigo 22, § 4º da Lei 8.666/93.

Não há limites para o valor da contratação, como estipulado nas modalidades anteriores, posto que o objetivo da modalidade concurso é tão somente a contratação de trabalho técnico, científico ou artístico.

A lei é bem clara quanto a esta modalidade, não havendo muito que se detalhar. Hely Lopes Meirelles esclarece sobre a modalidade concurso de forma simples e explicativa: “É a modalidade de licitação que, embora sujeita aos princípios da

⁴⁵ BRASIL. Lei de Licitações e Contratos. Acesso em: 22 de nov de 2013.

⁴⁶ Assim dispõe o parágrafo 7º da Lei 8.666: Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3o deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.

publicidade e da igualdade entre os participantes, objetivando a escolha do melhor trabalho, dispensa as formalidades específicas da concorrência.”⁴⁷

2.2.5 Leilão

Leilão é uma modalidade específica de licitação que se diferencia de todas as outras espécies, pois seu objeto não é a compra de produtos ou serviços, e nem a contratação de trabalhos técnicos ou científicos. O leilão destina-se à venda de bens pela Administração. Consoante assegurado no artigo 22, §5º da Lei de Licitações, consiste o leilão em modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados. Atribui-se ainda à modalidade leilão, conforme previsão do artigo 19, a possibilidade de sua utilização para a venda de bens imóveis pertencentes à Administração Pública, cuja aquisição seja derivada de processos judiciais ou dação em pagamento. Neste caso, cabe ao ente licitante a escolha entre a modalidade concorrência ou leilão. Desta feita, tem-se que a Administração possui 3 objetivos para utilizar o leilão.

Ressalta-se a posição do ilustre Marçal Justen Filho, que considera ter havido erro jurídico na Lei 8.666/93, ao constar que caberá a modalidade leilão para venda de bens penhorados. Segundo o autor, o bem penhorado consiste naquele apreendido em processo de execução, cuja finalidade é a garantia da satisfação do credor. A alienação de bens penhorados consiste em ato privativo do Poder Judiciário. Acredita o autor que a Lei 8.666/93 pretendeu inserir bens empenhados, que são aqueles bens objetos de contrato de penhor, onde a Administração pode figurar em decorrência da realização de contratos de mútuo, garantidos por penhor. Caso não liquidado o contrato, realiza-se o leilão do bem empenhado.⁴⁸ Contudo, é importante deixar claro que esta é uma observação levantada pelo autor.

⁴⁷ MEIRELLES, Op. Cit., P. 313.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, 2004, P. 205.

No leilão considera-se vencedor o participante que apresentar o maior lance, devendo o valor ser igual ou superior ao valor da avaliação feita pelo ente licitante. Desta forma, torna-se imprescindível a avaliação prévia do bem por parte da Administração para que o mesmo seja levado a leilão.

O sistema adotado pelo leilão é simples e breve. Em um único ato o objeto da licitação é apregoado, os lances se iniciam, verbais ou eletrônicos, o pagamento é feito à vista ou realizado em um curto prazo e os bens são entregues de imediato.⁴⁹

Segundo Marçal Justen Filho, “o leilão se peculiariza pela concentração, em uma única oportunidade, de inúmeros atos destinados à seleção da proposta mais vantajosa”⁵⁰. Preconiza ainda o nobre autor que “a regra do leilão é a inexistência do sigilo quanto ao conteúdo das propostas. Muito pelo contrário, é da essência do leilão que tais propostas sejam públicas e de amplo conhecimento.”⁵¹

A modalidade leilão consiste na melhor forma de a administração alienar seus bens, tendo em vista a possibilidade de se conseguir um bom preço em razão dos lances sucessivos.

2.2.6 Pregão

O pregão é uma modalidade de licitação que não se encontra expressamente prevista na Lei de Licitações e surgiu como mais uma modalidade de licitação em momento posterior à sua edição. A nomenclatura pregão surgiu com o advento da Lei 9.472/97, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações (LGT). Tal dispositivo legal criou a agência reguladora conhecida atualmente como ANATEL e neste contexto estabeleceu um regime próprio de contratações. Foi neste momento que surgiu o pregão, com aplicabilidade restrita ao previsto na LGT.⁵²

Posteriormente, ante o sucesso da modalidade nas contratações realizadas pela ANATEL, o pregão passou a ser considerado uma nova modalidade de licitação,

⁴⁹ MEIRELLES, Op. Cit., P. 314.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Op. Cit., P. 205.

⁵¹ Idem, Ibidem, P. 205.

⁵² SCARPINELLA, 2003, P. 26-27.

ficando à disposição da Administração Pública para utilizá-lo, consoante previsto na Medida Provisória 2.026, de 04 de maio de 2000. Entretanto, muito se discutiu à época sobre a constitucionalidade da Medida Provisória, tendo em vista sua excepcionalidade. Durante quase 02 (dois) anos vigorou no ordenamento a Medida Provisória 2.026, sem que tenha sido convertida em lei. Em decorrência disto, em 17 de julho de 2002 foi promulgada a Lei 10.520, que instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios nova modalidade de licitação, denominada pregão. Tal legislação esclarece em seu artigo 1º as hipóteses em que a Administração poderá valer-se da contratação por meio da modalidade pregão, que assim dispõe:

Art. 1º - Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.
Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.⁵³

Apesar de o diploma legal trazer a definição de bens e serviços comuns, a título de esclarecimento vejamos o que o renomado Hely Lopes Meirelles descreve em sua obra: “O que caracteriza os bens e serviços comuns é sua padronização, ou seja, a possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência.”⁵⁴ Outrossim, destaca-se que a Lei 10.520 deixa aberta ao ente licitante a escolha de outra modalidade para a aquisição de bens ou serviços comuns, desde que respeitados os limites previstos na Lei de Licitação, ao mencionar que poderá ser adotada a modalidade pregão.

Desta forma, temos que o pregão foi inserido no ordenamento como mais uma opção ao administrador para a formalização de compras pelo Poder Público, devendo a sua escolha pautar-se no interesse público, na conveniência e na oportunidade.

O procedimento adotado para o pregão é um pouco diferente, pois há uma inversão das fases em relação aos outros tipos de licitação previstos na Lei 8.666/93. No pregão, inicialmente ocorre a abertura das propostas para depois ser realizada a habilitação dos participantes. Ademais, o pregão gera economia ao Poder Público,

⁵³ BRASIL. Lei do Pregão. Acesso em: 25 de nov de 2013.

⁵⁴ MEIRELLES, Op. Cit., P. 315.

posto que torna-se vencedor da licitação o participante que oferecer o menor lance. Isto posto, na fase de oferecimento de lances os participantes podem concorrer uns com os outros pela oferta do menor lance, gerando grande benefício à Administração Pública.

2.2.7 Regime Diferenciado de Contratação (RDC)

O país vivencia um momento de destaque no cenário mundial devido à escolha como sede da Copa do Mundo FIFA 2014 e das Olimpíadas de 2016. Em decorrência disto, foi criado um regime diferenciado de contratação pelo Poder Público possibilitando sua utilização para determinados tipos de contratação em prol das obras e melhorias a serem realizadas para a ocorrência desses eventos. A Lei 12.463, de 04 de agosto de 2011, instituiu tal sistema de contratação e por esta razão ficou conhecida como Lei da Copa.

Consoante previsto na lei ficou instituído que o Regime Diferenciado de Contratações será aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários a realização de obras ou serviços atinentes aos Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016; da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014; de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos estados da federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais; das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC; das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS; às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.⁵⁵

⁵⁵ BRASIL. Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011. Acesso em: 22 de nov de 2013.

2.3 CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

O procedimento licitatório consiste em um conjunto de atos e fatos por parte da Administração e por parte do particular interessado. Dentro deste procedimento, alguns tipos de licitação deverão ser utilizados. Neste diapasão, a Lei 8.666/93 elenca os tipos de licitações em seu artigo 45, *in verbis*:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º - Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.⁵⁶

Deste modo, com exceção à licitação na modalidade concurso, deve o Poder Público pautar-se nos critérios de julgamento previstos na lei durante a realização do processo licitatório. É inadmissível a criação de critério de julgamento diverso daqueles previstos no Estatuto.

Neste sentido, elucida em sua obra o estudioso Marçal Justen Filho: “O ato convocatório não poderá criar novo tipo de licitação, que não se subsuma ao referido elenco. Mais precisamente, não é possível adotar critério de julgamento que não possa ser reconduzido a uma das espécies arroladas no dispositivo enfocado.”⁵⁷

Vale ressaltar que o ente licitante deverá mencionar expressamente no ato convocatório, seja ele por edital ou carta-convite, o critério adotado, sob pena de nulidade do processo.⁵⁸

⁵⁶ BRASIL. Lei de Licitações e Contratos. Acesso em: 22 de nov de 2013.

⁵⁷ JUSTEN FILHO, 2004, P. 427.

⁵⁸ Idem, Ibidem, P. 427.

2.4 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE

Objetivando a realização de compras ou alienações da maneira mais eficiente pelo Poder Público, como já mencionado anteriormente, foi instituída a Lei 8.666/93. Contudo, os procedimentos a serem seguidos para a realização de tal ato caracterizam-se pelo respeito a certas formalidades, resultando em um processo, de certa forma, moroso.

Pensando nesta situação precaveu-se a legislação em elencar determinadas situações em que poderá o ente licitante dispensar a realização do processo licitatório. Entretanto, para tal conduta deve-se pautar a ocasião em medidas de urgência ou situações onde a abertura de processo licitatório ensejaria na movimentação, em vão, da máquina pública.

O artigo 24 da Lei 8.666/93⁵⁹ traz as hipóteses de dispensa da licitação, elencando 33 (trinta e três) incisos. O artigo 17 do mesmo diploma também menciona algumas hipóteses em que a licitação pode ser dispensada. Nota-se que não há a obrigatoriedade da contratação de forma direta, no caso da dispensa de licitação fica facultado ao ente licitante realizá-la. Nesse sentido, preconiza Maria Sylvia Zanella di Pietro:

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há a possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.⁶⁰

Neste caso, caberá ao agente público responsável pelo procedimento licitatório analisar se será mais benéfico para a Administração realizar ou não o processo licitatório nos casos em que a própria lei faculta o procedimento.

⁵⁹ O artigo 24 da Lei 8.666 elenca várias hipóteses de dispensa de licitação, ficando inviável elencar todas elas. Contudo, é imperioso ressaltar algumas dessas hipóteses para melhor entendimento do instituto da dispensa de licitação. Em casos de guerra ou calamidade pública, pode a Administração dispensar o processo licitatório. Neste caso, isto se explica pela urgência na contratação. Ademais, quando o valor do contrato não superar 10% dos limites previstos para cada modalidade, também poderá a Administração deixar de praticar a licitação.

⁶⁰ DI PIETRO, 2004, P. 311.

Em contrapartida, temos a previsão legal de inexigibilidade de licitação, insculpida no artigo 25 do Estatuto, que assim dispõe:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.⁶¹

O diploma legal é claro ao mencionar que será inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição. A licitação possui como objetivo maior levar os particulares à competição para que a Administração possa se beneficiar e, portanto, celebrar o contrato com o vencedor com o melhor preço possível.

Desta forma, não pode fugir o ente licitante das possibilidades elencadas no Estatuto para deixar de proceder com o processo licitatório. Qualquer conduta diversa da prevista na lei configura ato de improbidade por parte do agente público, sujeitando os responsáveis a responderem civil, penal e administrativamente.

2.5 EXIGIBILIDADE DE TRANSPARÊNCIA

A atividade administrativa é pautada no respeito a vários princípios previstos no ordenamento e também àqueles intitulados pela doutrina e pela jurisprudência. Um importante princípio, que se interliga diretamente ao dever de transparência, é o princípio da publicidade.

Como já mencionado em momento oportuno, além de ser considerado princípio da Administração Pública, consoante previsão do artigo 37, caput, da Constituição

⁶¹ BRASIL. Lei de Licitações e Contratos. Acesso em: 28 de nov de 2013.

Federal⁶², a publicidade é princípio a ser respeitado também nos procedimentos licitatórios.

Em decorrência deste princípio foi inserida no ordenamento jurídico pátrio em 18 de novembro de 2011 a Lei 12.527, que regula o acesso a informações nos órgãos públicos, ficando conhecida como Lei da Transparência.

O mencionado mandamento legal deixa claro a aplicabilidade de suas disposições aos processos licitatórios. Assim dispõe o artigo 7º da lei: “O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos.”⁶³

Nesse sentido temos que deverá a Administração respeitar o princípio da publicidade previsto na lei e consubstanciado na Lei da Transparência. A falta de publicidade de qualquer ato praticado pela Administração pode gerar sua nulidade, ressalvado os atos revestidos de sigilo, cuja publicidade torna-se restrita.

A publicidade é ato essencial para o exercício da democracia. Philip Gil França assim esclarece: “Efetivamente, para o exercício da democracia idealizada no texto constitucional, não se pode fugir da concepção de compartilhamento social de informação.”⁶⁴

Como mecanismo disposto a atender ao princípio da publicidade e à exigibilidade de transparência nos processos licitatórios, o governo criou um endereço eletrônico que possibilita ao administrado tomar conhecimento dos processos licitatórios em andamento.

O sítio eletrônico é atualizado periodicamente e contém as licitações publicadas a partir do dia 1º de janeiro de 2005, ficando à disposição da sociedade para consulta na internet.⁶⁵

⁶² Assim dispõe o artigo 37, caput, da Carta Magna: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

⁶³ BRASIL. Lei da Transparência. Acesso em: 22 de Nov de 2013.

⁶⁴ FRANÇA, 2010, p. 29.

⁶⁵ As informações podem ser consultadas pela sociedade no site www.comprasnet.gov.br.

3 A INEFETIVIDADE DO CONTROLE NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS

3.1 O EXERCÍCIO DO CONTROLE NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS

Dentre os mecanismos previstos no ordenamento para a realização do controle dos atos administrativos, muitos são utilizados também no controle dos processos licitatórios. Tomando por base os mecanismos utilizados, pode-se afirmar que o processo licitatório está vinculado ao exercício do controle interno e externo.

No exercício do controle interno dos processos licitatórios possui a Administração um mecanismo muito importante no combate às fraudes que porventura vierem a ser cometidas no decorrer do processo. Prevista no artigo 6º, XVI da Lei 8.666/93⁶⁶, a Comissão de Licitação é responsável pelo acompanhamento de todos os atos praticados no procedimento especial de contratação.

A formação desta comissão segue o disposto no artigo 51 do Estatuto, que assim esclarece:

“A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.”⁶⁷

Assim, temos que a comissão de licitação deverá ser formada, no mínimo, por 03 (três) membros, sendo que pelos menos 2 (dois) desses membros devem ser servidores permanentes. Tal obrigatoriedade passa a impressão de seriedade na formação da comissão, tendo em vista sua composição não conter apenas servidores temporários ou comissionados.

Contudo, como a maioria dos mecanismos dispostos na legislação, não acontece na prática o que prevê a lei. A possibilidade de fraude em licitações é enorme, ainda

⁶⁶ Dispõe o artigo 6º, XVI da Lei 8.666/93: Art. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se: XVI - Comissão - comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

⁶⁷ BRASIL. Lei de Licitações e Contratos. Acesso em: 05 de dez de 2013.

mais quando temos a realização do processo em municípios pequenos. Nesses locais, em decorrência do pequeno número de moradores, pode haver ligações e/ou parentescos entre os agentes e os participantes interessados em contratar com o Poder Público.

Ademais, na maioria destes municípios, há vários servidores comissionados e contratados pelo Chefe do Poder Executivo, aos quais dizem “dever favores”, que trabalham a mando deste e buscando o seu interesse. Não há generalização, mas na prática é o que acontece em muitos municípios brasileiros.

Em muitos casos a Comissão de Licitação é forjada, não chegando a exercer a fiscalização que a lei de licitações prevê que o faça. Há casos em que os membros das comissões não têm conhecimento de que participam da comissão. Ademais, muitos sequer sabem da existência da Lei de Licitações. Na maioria dos casos os membros assinam as atas de reuniões sem ter o conhecimento do teor do documento, assim o fazendo pelo dever de obediência a algum superior hierárquico ou àquele que “lhe deu o emprego”.

Conforme se verifica na pesquisa de campo realizada junto ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais, as maiores dificuldades encontradas para a realização do controle pelo órgão ministerial são as artimanhas e fraudes praticadas pelos agentes públicos, pelos particulares que participam da licitação, ou por ambos em conjunto.

Tais condutas prejudicam o bom andamento da atividade administrativa, implicando negativamente na busca do interesse público e do respeito à legalidade, vez que estes deveriam nortear qualquer conduta administrativa.

Pode-se dizer que a grande âncora do desrespeito às normas previstas na legislação e às fraudes encontradas nos diversos procedimentos licitatórios realizados em todo o país é a falta de caráter e hombridade do agente público, que perde seus princípios frente a qualquer vantagem oferecida.

O Regime Democrático, que em um passado pouco distante tanto se lutou para que fosse estabelecido, parece não ter atingido a sua finalidade. O regime de governo que deveria ouvir os cidadãos, pois estes o elegeram para representá-los, vira as costas para as recentes manifestações e continua governando na busca dos interesses partidários estabelecidos.

Mesmo antes de vivenciarem o Regime Democrático no Brasil, os brilhantes filósofos Sócrates e Platão pareciam prever o insucesso do regime. Para Sócrates “a democracia é a forma ruim do governo de muitos.” Já Platão considerava que “a democracia é o governo dos ignorantes.”⁶⁸

A legislação é bem estruturada, estabelecendo competência para vários órgãos e entidades diversas exercerem a fiscalização dos atos administrativos, mas não basta tão somente a previsão legal.

Os mecanismos deveriam ser levados a sério e serem realizados de forma eficiente, em busca do bem maior, que é o interesse da coletividade.

Do mesmo modo, outros mecanismos que poderiam limitar a liberdade do agente público em atuar no processo licitatório, acabam “esbarrando” em questões políticas e, assim, não atingem o objetivo esperado.

Como já mencionado, diversas leis podem atuar como limitadores à liberdade de agir do agente estatal. As leis orçamentárias, Lei da Transparência e os diversos princípios atinentes aos atos administrativos e ao processo licitatório são simplesmente ignorados e deixados à parte em busca do interesse particular.

Diversos princípios relativos aos processos licitatórios como o da Publicidade e Divulgação dos Editais, em muitas ocasiões são mitigados em prol do interesse particular.

Os cidadãos, legitimados a defender os seus interesses junto aos órgãos públicos, pouco se importam com as condutas ímprobadas praticadas diariamente no serviço público.

Os remédios constitucionais, que são mecanismos judiciais de grande valia, e as denúncias levadas ao conhecimento do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, não são utilizadas pelos cidadãos da maneira e frequência com a qual deveriam ser.

O controle judicial depende de provocação. Neste caso, deve o cidadão buscar a correção dos atos danosos no Poder Judiciário, exercendo seu direito de petição, através de ações específicas, utilizando-se dos remédios constitucionais disponíveis.

Ademais, caracteriza-se o controle judicial em uma das mais efetivas formas de controle, tendo em vista que o Judiciário, ao julgar o pedido, pode responsabilizar o

⁶⁸ DEMOCRACIA. In: Direitos Humanos. Acesso em: 07 de dez de 2013.

agente causador do dano ao erário e ainda obrigá-lo a devolver aos cofres públicos qualquer valor auferido indevidamente.

O Ministério Público, outro órgão estruturado e competente para exercer o controle dos atos praticados durante a licitação, depende, de certa forma, da colaboração dos cidadãos para que o controle seja exercido de forma efetiva.

Nesse esteio, não há possibilidade de o *Parquet* se inteirar de todos os atos fraudulentos praticados nos processos licitatórios, tornando-se de suma importância o auxílio dos cidadãos para levar ao conhecimento do Ministério Público o cometimento de fraudes.

Outrossim, são significativos os números de fraudes praticadas em procedimentos licitatórios. Consoante pesquisa realizada junto ao Ministério Público, das 22 ações civis públicas em curso no município de Leopoldina, 27% (vinte e sete por cento) delas busca a responsabilização por cometimento de fraudes em processos licitatórios.

O Poder Legislativo também exerce o controle dos atos administrativos praticados pelo Executivo. O procedimento licitatório não foge à regra, podendo os atos praticados em seu desenvolvimento serem fiscalizados pelo Legislativo. Tanto o Legislativo Municipal, Estadual ou Federal podem exercer tal controle.

Na prática, o Legislativo também encontra várias dificuldades de exercer o controle de maneira efetiva. Consoante pesquisa de campo junto ao referido Poder, a falta de conhecimento técnico dos membros das comissões de licitação acaba por impedir que irregularidades e superfaturamentos sejam evidenciados.

Ademais, há também falta de mecanismos para o exercício do controle dos atos praticados e falta de um banco de dados com informações acerca dos participantes dos procedimentos licitatórios.

Por fim, temos ainda o Tribunal de Contas como órgão competente para realizar o controle das despesas decorrentes dos contratos realizados no processo licitatório, consoante se infere do artigo 113 da Lei 8.666.⁶⁹

⁶⁹ Art. 113 da Lei 8.666/93: Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da

Atribui ainda a Lei 8.666, em seu artigo 113, §1º, competência para qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica, representar junto ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do controle interno qualquer irregularidade na aplicação do disposto no Estatuto.

Contudo, o Tribunal de Contas na maioria das vezes não possui estrutura suficiente para acompanhar todos os procedimentos licitatórios. Ademais, em muitos casos ocorre a supressão de informações necessárias à Corte de Contas, mitigando o exercício efetivo do controle.

Analisando a pesquisa de campo realizada junto aos cidadãos, pode-se concluir que a grande maioria dos entrevistados possui conhecimento de que é legitimado a exercer o controle, contudo nunca o exerceram.

Por tais fatores expostos acima, os mecanismos de fiscalização previstos em vários diplomas legais não logram êxito em realizar o controle de legalidade dos atos praticados de forma satisfatória.

3.2 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA MAIOR EFETIVIDADE DO CONTROLE NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS

Como demonstrado no corpo do presente estudo, vários fatores influenciam para tornar o controle da atividade administrativa ineficiente. Contudo, algumas mudanças de comportamento e a criação de ferramentas para auxiliar o exercício do controle podem levá-lo a se tornar mais eficiente.

A título de curiosidade, quando o país vivia um regime ditatorial, crianças e adolescentes eram obrigados a cantar o hino nacional e hastear a bandeira do Brasil ao início de cada dia letivo na escola.

Os alunos assistiam aulas de Educação Moral e Cívica, que tinha por objetivo “o fortalecimento da unidade nacional e do sentimento de solidariedade humana, o aprimoramento do caráter, com apoio na moral, na dedicação à família e à comunidade

legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

e o preparo do cidadão para o exercício das atividades cívicas com fundamento na moral, no patriotismo e na ação construtiva, visando o bem comum.”⁷⁰

Com o advento do Regime Democrático, talvez por manobra governamental, foi retirada do currículo escolar a obrigatoriedade da matéria Moral e Cívica. O motivo é simples. Antes a população vivia uma ditadura, onde o Estado impunha as condutas a serem seguidas. Com o Regime Democrática a população passou a ter mais liberdade de atuação em razão do exercício dos seus direitos de cidadão.

Percebendo que tais direitos não podiam ser disseminados para toda a população, que ciente de sua gama de direitos poderia interferir no exercício do poder, o Estado retirou referida matéria do currículo escolar. O interesse do Poder Público é excluir do conhecimento da população os seus direitos. Quanto menos se souber, melhor para os administradores tendenciosos.

Com o passar dos anos a população se desenvolveu com o mínimo de conhecimento possível sobre seus direitos positivados. Ademais, a maioria dos cidadãos não tem o conhecimento de como exercer os poucos direitos que de alguma forma foram disseminados.

Corroborando com a falta de conhecimento está a ignorância do cidadão em acreditar que de nada adianta reivindicar. Atualmente o Brasil encontra-se entre os primeiros países do globo com a maior incidência de corrupção. O resultado desta posição muito se dá à falta de fiscalização, controle e cobrança por parte dos cidadãos.

A população brasileira necessita reivindicar mais, cobrar mais, para que seus interesses sejam respeitados. Não basta apenas se indignar com determinadas situações de corrupção e comentá-las com os vizinhos. É preciso “levantar da arquibancada” e parar de assistir o país ser desprezado por políticas tendenciosas e interesseiras.

Para tal, seria necessária a conscientização da população, através de palestras ou mecanismos de informação, do quão importante é o exercício efetivo do controle realizado pelos cidadãos.

Como o Poder Público ignora tais informações, seria interessante as entidades de classe, representativas da sociedade, realizarem esse trabalho de divulgação e

⁷⁰ PEREIRA, Educação Moral e Cívica no currículo escolar. Acessado em: 07 de dez de 2013.

cobrança do cidadão para que passe a exercer, de forma mais consciente, incisiva e eficaz, o controle dos atos administrativos.

Outro grande mecanismo capaz de auxiliar na efetividade e eficiência da realização do controle nos processos licitatórios seria a criação de um banco de dados.

Conforme explicitado pelo ilustríssimo Promotor de Justiça na pesquisa de campo anexa, seria de grande valia a disponibilidade de um banco de dados constando as empresas participantes das licitações e os seus sócios, buscando posteriormente realizar o cruzamento de tais dados em busca de supostas fraudes e/ou irregularidades.

Ademais, no intuito de auxiliar ainda mais o exercício do controle, torna-se necessário um melhoramento na estrutura dos órgãos fiscalizadores. Estrutura essa humana e material.

Em um país vasto de extensão e população como o Brasil, torna-se humanamente impossível realizar o controle de todos os atos administrativos praticados diariamente. Deste modo, melhorar a estrutura dos órgãos legitimados ao exercício do controle é melhorar o seu próprio exercício.

Contudo, é de suma importância capacitar os agentes públicos legitimados ao exercício do controle. De nada adianta ter material humano se os agentes são incapazes de exercê-lo da maneira correta.

Tais soluções apresentadas são bem simplificadas e fáceis de serem concretizadas. Basta, para isso, boa vontade e empenho dos envolvidos para tornar o controle da atividade administrativa mais eficiente, de forma a tutelar o interesse da coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito do presente trabalho de pesquisa foi demonstrar as dificuldades encontradas na realização do controle dos atos administrativos, mais precisamente quanto aos atos realizados dentro do processo licitatório, como forma de esclarecer o porquê de sua inefetividade.

A legislação vigente atribui competência para vários órgãos exercerem o controle da atividade administrativa. Contudo, na prática o que percebemos é que os mecanismos não se mostram tão eficientes como prevê a lei. Para tanto foi demonstrado quais os legitimados para exercer tal controle e os momentos em que o controle pode ser exercido.

Nesse sentido, buscou-se demonstrar também as previsões trazidas pela Lei 8.666/93, elucidando as peculiaridades do processo de contratação com o Poder Público e o respeito aos princípios atinentes à Administração Pública.

Para concluir o trabalho de maneira completa e organizada, tratou o último capítulo de abordar o controle exercido no âmbito dos processos licitatórios, demonstrando as dificuldades encontradas para exercê-lo, e as possíveis mudanças/soluções viáveis com o fito de tornar tal controle mais efetivo.

Com o escopo de trazer informações sobre a realização prática do controle objeto do presente estudo, foi realizada pesquisa de campo junto ao Ministério Público, ao Poder Legislativo e à população do município de Leopoldina.

Ante as considerações expostas no trabalho e na pesquisa de campo pode-se concluir que as disposições previstas na legislação encontram grandes dificuldades de serem realizadas de maneira efetiva na prática.

A falta de estrutura de alguns entes controladores e as artimanhas e fraudes bem disfarçadas pelos agentes ímprobos dificultam a realização do controle da maneira desejada, em busca do interesse público e do respeito à legalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 960p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 de novembro de 2013.

BRASIL. Lei da Transparência. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 de Nov de 2013.

BRASIL. Lei de Licitações e Contratos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 de nov de 2013.

BRASIL. Lei do Pregão. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 de nov de 2013.

BRASIL. Regime Diferenciado de Contratação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 de nov de 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, Autonomia e Vinculação. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/ouvidoria/perguntas_frequentes/autonomia_vinculacao. Acesso em: 05 de out de 2013.

BRAZ, Pedro. Adjudicação e homologação no processo de licitação. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/8893/adjudicacao-e-homologacao-no-processo-de-licitacao>. Acesso em 28/11/2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 801p.

CONSELHOS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS: DEMOCRACIA, CONTROLE SOCIAL E INSTITUIÇÕES. Disponível em: <http://planejamento.gov.br>. Acesso em: 26 de nov de 2013.

DALLARO, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 754p

DEMOCRACIA. In: Direitos Humanos. Disponível em <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em: 07 de dez de 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* – 17^a. ed. – São Paulo: Atlas, 2004. 751p.

FERREIRA, D'Andréa. *O controle da Administração Pública pelo Judiciário: direito aplicado* – Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 489p.

FILHO, Vicente Greco. *Dos Crimes da Lei de Licitações*. 2^a edição. São Paulo: Saraiva, 2007. 218p.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5^a edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008. 344p.

GIL FRANÇA, Phillip. *O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 255p.

GOHN, Maria da Glória. *Conselhos Gestores e Participação Sociopolítica*. São Paulo: Cortez Editora, 2001. 284p.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2004. 703p.

JUSTEN FILHO, Marçal – *Curso de direito administrativo* – 2^a ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006. 851p.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado* – 14^a ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010. 1024p.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público – Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4^a edição revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 399p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro* – 24ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 1999. 749p.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 858p.

MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*. 5ª ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999. 325p.

PEREIRA, Cassiane Leonor Sartori. Educação Moral e Cívica no currículo escolar. Disponível em <http://www.mundojovem.com.br/artigos/educacao-moral-e-civica-no-curriculo-escolar>. Acesso em 07/12/2013.

PINHO, José Antônio Gomes; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n6/06.pdf>. Acesso em: 09 de dez de 2013.

SCARPINELLA, Vera. *Licitação na modalidade pregão (Lei 10.520, de 17 de julho de 2002)* – Coleção Tema de Direito Administrativo. Brasil: Malheiros Editores, 2003. 243p.