

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

NEIVAN SASSO

**O SOBREPREGO NA AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS POR MEIO DE
PROCESSO DE LICITAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DIREITO DE
LUCRO DA EMPRESA E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE.**

**CRICIÚMA
2016**

NEIVAN SASSO

**O SOBREPREGO NA AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS POR MEIO DE
PROCESSO DE LICITAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DIREITO DE
LUCRO DA EMPRESA E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE.**

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado para obtenção do grau de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Orientador: Prof. Esp. Patrícia Farias Dos
Santos

**CRICIÚMA
2016**

NEIVAN SASSO

**O SOBREPREGO NA AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS POR MEIO DE
PROCESSO DE LICITAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DIREITO DE
LUCRO DA EMPRESA E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
pela Banca Examinadora para obtenção do
Grau de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Criciúma (SC), 30 de novembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^(A) Patrícia Farias dos Santos – Especialista – UNESC – Orientadora

Prof. João Carlos Medeiros Rodrigues Junior – Especialista – UNESC

Prof.^(A) Raquel de Souza Felício – Mestre – UNESC

Dedico este trabalho aos meu pais e colegas e professores que me auxiliaram na composição deste presente trabalho.

“Nulla tenaci in via est via”

“Para os persistentes, nenhum caminho é impossível”.

Provérbio Latino

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade demonstrar de forma jurisprudencial e bibliográfica que o gasto da Administração Pública em valores superiores ao do mercado privado, quando da licitação, é justificável perante ao lucro da empresa e o princípio da moralidade. Após fazer um recorrido dos fundamentos das licitações e suas formas de execução, buscou-se analisar o mercado e a composição de preços tanto de maneira legal como na visão econômica. Em um segundo momento apurou-se a diferenciação entre Superfaturamento e Sobrepreço e encontrou-se que no ambiente econômico tal distinção é feita de maneira correta, mas jurisprudencialmente, tal distinção é nebulosa, apesar de existirem decisões claras onde apresentam tal diferenciação. Fez-se pesquisa jurisprudencial no TCU entre os anos de 1995 a 2016. Finalmente entrou-se no cerne da proposta de trabalho, analisando as margens de lucros que são aceitas pelos tribunais e os valores que extrapolam a média de mercado. O método de pesquisa utilizado no presente trabalho é o dedutivo, que se trata de pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e legal.

Palavras Chave: Sobrepreço, Superfaturamento, moralidade e licitação.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate and jurisprudential literature so that the expenditure of public administration in amounts greater than the private market, when the bid is justifiable before the company's profit and the principle of morality. After doing a tour of the fundamentals of bidding and its forms of implementation, it sought to analyze the market and the price composition both legally as well as in the economic view. In a second time it was found to differentiate between Overpricing and Overprice and found that in the economic environment such distinction is made in the right way, but jurisprudencialmente, this distinction is hazy, although there are clear decisions which have such differentiation. Finally entered into the heart of the work proposed, analyzing profit margins that are accepted by the courts and the values that exceed the market average. The research method used in this study is deductive, that it is theoretical and qualitative research with the use of bibliographic and legal material.

Keywords: Overprice, overpricing and morality.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Conceito de Sobrepreço e Superfaturamento.....	42
Figura 2 – Fórmula demonstrativo de custos.....	48
Figura 3 – Itens de valor percentual fixo e obrigatório.....	49

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BDI	Benefícios e Despesas Indiretas
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CSLL	Contribuição Social sobre Lucro Líquido
IR	Imposto De Renda
ISS	Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza
LDI	Lucro e Despesas Indiretas
PIS	Programa de Integração Social
SINAPI	Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil
TCU	Tribunal de Contas da União
VG	Valor Global

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2. O PROCESSO DE LICITAÇÃO E A AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	13
2.1. OS PRINCÍPIOS NORTEADORES NO PROCESSO DE LICITAÇÃO. ..	13
2.2. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E A AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS.	18
2.3. MODALIDADES DO EVENTO LICITATÓRIO.....	21
3. DIFERENÇA ENTRE SOBREPREÇO E SUPERFATURAMENTO	33
3.1. COMPOSIÇÃO DE PREÇOS E SUAS VARIAÇÕES.....	33
3.2. O SUPERFATURAMENTO NA AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS...	39
3.3. O SOBREPREÇO E A ESCALA DE VALORES DE MERCADO	42
4. O GASTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM VALORES SUPERIORES AO DO MERCADO PRIVADO E SUA JUSTIFICAÇÃO PERANTE AO LUCRO DA EMPRESA E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE	45
4.1. O PROCESSO INVESTIGATIVO DO ESTUDO DE PREÇOS	45
4.2. MARGENS DE LUCRO E AS DIVERSAS VARIAÇÕES DE PREÇOS...	48
4.3. A MORALIDADE DO SOBREPREÇO DENTRO DO LUCRO DA EMPRESA LICITADA	51
5 CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

Sobrepreço e Superfaturamento aplicados nas licitações públicas, sempre está em primeiro plano nos noticiários. Isto leva a considerar suspeitosas as aquisições públicas por preços não compatíveis com aqueles que são aplicados no mercado privado. Apesar disso, nem sempre a mera comparação entre o preço contratado e o menor preço no mercado privado pode ser utilizado como base para a afirmação de que a licitação foi fraudulenta e conseqüentemente houve o Sobrepreço ou Superfaturamento.

Tomando como base o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal tem-se que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, salvo casos expressos por legislação específica. A mesma lei ainda exige que as condições das propostas sejam mantidas em todo o período de vigência do contrato.

A lei 8.666/93, no seu artigo 40, inciso X, afirma que o edital deve fixar critérios de aceitabilidade dos preços, desta forma permitindo a fixação de preços máximos, vedando a fixação de preços mínimos. O parágrafo 2º, inciso II, deste mesmo artigo afirma que faz parte do edital um orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, assim servindo como parâmetro para aferição da razoabilidade dos preços ofertados. As empresas interessadas devem fixar os valores de suas propostas de acordo com os custos e lucros pretendidos, sem que ocorra interferência da Administração.

No processo de formação de preços aplicados ao ente público é natural que os licitandos contabilizem outros custos no fornecimento para a Administração Pública que não é encontrado no mercado privado, tais como: aspectos econômicos, burocráticos e orçamentários dentre outras dificuldades em geral. Tendo isto como pressuposto o presente trabalho visa estudar a existência de Sobrepreço e do Superfaturamento na aquisição de bens e serviços na Administração pública por meio de licitação e a maneira pela qual os valores superiores ao do mercado não fere o princípio da moralidade.

Porém, os preços adotados nas licitações podem dispor de inúmeras variáveis que logicamente acrescentam o preço final, imputando ao Ente Público

o pagamento de um valor superior ao que ocorreria em uma transação comercial privada, contrariando à primeira vista o regime jurídico administrativo, e o princípio da moralidade, que determina o melhor aproveitamento de recursos públicos. Estas variáveis nada mais são que dificuldades que não estão presentes no seguimento privado, por conseguinte tornando o preço deste abaixo do valor aplicado ao Ente público.

No primeiro capítulo do presente trabalho será visto o processo de licitação e a aquisição de bens e serviços na Administração Pública, tendo como ponto de partida a análise dos princípios norteadores no processo de licitação, passando pelo estudo do procedimento e das modalidades do evento licitatório.

No segundo capítulo entrar-se-á na diferenciação entre Sobrepreço e Superfaturamento. Para compor esta diferenciação é necessário o estudo da composição de preços e suas variações.

No terceiro capítulo, está o cerne do trabalho, que tratará do gasto da Administração Pública em valores superiores ao do mercado privado e sua justificativa perante ao lucro da empresa e o princípio da moralidade. Dois fatores marcam este capítulo, o estudo da margem de lucro e sua moralidade na licitação. Será feito o estudo baseando-se na doutrina e jurisprudência, em especial do TCU entre os anos de 1995 a 2016.

A relevância da monografia está na possibilidade de notar no cotidiano a ocorrência de vários escândalos que levam a repensar a realidade das licitações no Brasil. A proposta do presente trabalho encontra-se embasado no princípio da boa Administração Pública, onde é possível analisar certas propostas de valores aplicados a obras públicas superam àqueles do mercado privado.

Dessa forma, para o desenvolvimento do presente trabalho utilizou-se do método dedutivo, com pesquisa qualitativa, realizada através de levantamento bibliográfico e material legal, com etapa de embasamento jurisprudencial.

2. O PROCESSO DE LICITAÇÃO E A AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O processo licitatório brasileiro é regido por princípios que são comuns a outras áreas do Direito Administrativo. Antes de abordar os temas centrais desta pesquisa, faz-se necessário analisar este processo como um todo, tendo como intuito estudar as reais dificuldades e complexidades do sistema.

2.1. OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO DE LICITAÇÃO.

Ao analisar o processo licitatório sob o enfoque da Lei 8.666/93, logo no seu artigo 3º já apresenta como fundamental importância a observância de vários princípios quando ocorre procedimento licitatório. Todos os princípios elencados na presente monografia serão vistos sob o enfoque do Direito Administrativo.

O princípio da legalidade é o primeiro a ser invocado e está vinculado a separação dos poderes e o conjunto de ideias que de forma histórica fazem oposição às práticas do período absolutista. Abaixo tem-se definição deste princípio:

No conjunto dos poderes do Estado, traduzia a supremacia do Poder Legislativo em relação ao Poder executivo; no âmbito das atuações, exprimia a supremacia da lei sobre os atos e medidas administrativas. Mediante a submissão da Administração à lei, o poder tornava-se objetivado; obedecer à Administração era o mesmo que obedecer à lei, não à vontade instável da autoridade. Daí um sentido de garantia, certeza jurídica e limitação do poder contido nessa concepção do princípio da legalidade administrativa (MEDAUAR, 2006, p. 121).

De forma sintética este princípio afirma que a Administração deve sujeitar-se às normas legais. O procedimento licitatório e “[...] todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas na Lei nº 8.666/93 [...]”. Este mesmo autor salienta que o artigo 4º, desta mesma lei, estabelece que todos os que participem de licitações promovidas por órgãos ou entidades estabelecidas no artigo 1º tem o direito público subjetivo a observância do procedimento estabelecido por lei. Assim aquele que se sinta lesado pela inobservância da norma poderá de

maneira judicial impugnar todo o procedimento licitatório (DI PIETRO, 2014, p. 384).

Quatro são os significados clássicos quando se trata do princípio da legalidade. O primeiro significado é que a Administração pode realizar atos e medidas que não contrariem à lei. Segundo trata da edição de atos e medidas que poderão somente ser efetuadas mediante a autorização expressa da lei. Terceiro trata da permissão de atos cujo conteúdo seja conforme um esquema já fixado por norma legislativa. Por fim a Administração só poderá realizar os atos e medidas que a lei ordena fazer (MEDAUAR, 2006, p. 121).

Seguindo esta linha de pensamento, a Administração Pública está intrinsecamente ligada a legislação vigente e dela depende. Caso fosse seguida estritamente a sequência acima chegaria ao ponto de paralização total das atividades, pois para cada ato ou mediada editado pela Administração Pública seria necessário um comando legal específico que a regulamente. Acontece que a mesma lei que a restringe também deixa que a Administração realize atividades que posteriormente deverão ser regulamentadas dentro de um prazo estabelecido por lei (MEDAUAR, 2006, p. 121).

O princípio da impessoalidade está intimamente ligado com outros dois princípios o da moralidade e da publicidade. Desta forma configura-se como meio de atuação dentro da moralidade e da publicidade aportando medidas que dificultam decisões contrárias à moralidade e a impessoalidade (MEDAUAR, 2006, p. 124).

Com o princípio da impessoalidade a Constituição visa obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia. Busca, desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a idéia de que os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconectados de razões pessoais. Em situações que dizem respeito a interesses coletivos ou difusos, a impessoalidade significa a exigência de ponderação equilibrada de todos os interesses envolvidos, para que não se editem decisões movidas por preconceitos ou radicalismos de qualquer tipo (MEDAUAR, 2006, p. 124).

As atividades administrativas deverão ser destinadas a todo e qualquer cidadão, sem detrimento de pessoa ou discriminação de natureza. Tal princípio pretende quebrar o velho costume do atendimento privilegiado em razão de

prestígio ou outra forma de hierarquia social. Assim sendo, deve ser elaborado o ato administrativo não tendo como objetivo um certo tipo atendido, mas sim a igualdade entre todos os beneficiados, eliminando desta forma, os casos típicos de privilégios que beneficiam um determinado grupo de pessoas ou empresas (GASPARNINI, 2012, p. 63).

Todos os licitantes devem ser tratados de maneira igualitária em direitos e obrigações, cabendo a Administração ter como pauta critérios objetivos e não levar em consideração as condições pessoais do licitante ou vantagens por ele oferecidas, salvo aquelas que já eram previstas em lei ou no próprio instrumento convocatório (DI PIETRO, 2014, p. 385).

O princípio da moralidade administrativa¹, exige da Administração não apenas um comportamento lícito em consonância com o princípio acima citado, mas também deve estar ligado com a moral e os bons costumes, seguindo as regras da boa administração, levando consigo os princípios da equidade e justiça sempre tendo em consideração a honestidade (DI PIETRO, 2014, p. 385).

A licitação deve ser norteadada pela honestidade e seriedade. Os princípios aplicam-se tanto a conduta do agente da administração pública como à dos próprios licitantes. A modalidade compreende também a boa-fé (JUSTEN FILHO, 2014, p. 502).

Este princípio talvez seja o mais difícil de traduzir verbalmente, pois é quase impossível englobar em um vocábulo toda a amplitude de condutas e práticas que desvirtuam a real finalidade da Administração Pública. Geralmente observa-se a imoralidade administrativa em um contexto mais amplo ou somente dentro de uma decisão tomada (MEDAUAR, 2006, p. 124).

O artigo 37 da Constituição menciona o princípio da moralidade de uma forma que pressupõe se tratar da própria moralidade Administrativa. Tal princípio advém do conjunto de regras de conduta que devem regular o agir da Administração Pública. “O ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer não só à lei, mas à própria moral, porque nem tudo que é legal é

¹ A Autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera o princípio da probidade correlato ao da moralidade, tomando como base os artigos 37 caput e 5º, LXXIII da Constituição e o Decreto-lei nº 2.300/86 em seu artigo 3º. Define de maneira sucinta como sendo a honestidade no modo de proceder.

honesto conforme afirmam os romanos”. Deste modo, tanto a lei quanto a moral devem andar juntas na boa Administração Pública. (GASPARINI, 2012, p. 64).

O princípio da publicidade visa garantir a qualquer interessado a participação e fiscalização dos atos da licitação. Portanto, duas são as funções quando se trata deste princípio: “Permite o amplo acesso dos interessados ao certame. [...] Depois, a publicidade propicia a verificação da regularidade dos atos praticados”. Primeiro se refere, de maneira universal, quanto a participação do processo licitatório e depois da licitação quanto maior for a possibilidade de fiscalização, propiciado por este princípio, maior o número de indivíduos que irão se ater a lei e a moral do evento licitatório. Logo, quanto maior for a possibilidade de qualquer indivíduo verificar a realização da licitação, haverá uma maior garantia de que todo o procedimento esteja correto e dentro dos limites morais (JUSTEN FILHO, 2014, p. 502).

O tema da transparência ou visibilidade, também tratado como publicidade da atuação administrativa, encontra-se associado à reivindicação geral de democracia administrativa. A partir da década de 50, acentuando-se nos anos 70 surge o empenho em alterar a tradição do “secreto” predominante na atividade administrativa. A prevalência do “secreto” na atividade administrativa mostra-se contrária ao caráter democrático do Estado (MEDAUAR, 2006, p. 124).

Dentro dos procedimentos licitatórios quanto maior for a competição propiciada pela modalidade adotada tanto mais será a sua publicidade. “[...] ela é mais ampla possível na concorrência, em que o interesse maior da Administração é de atrair maior número de licitantes, e se reduz ao mínimo no convite em que o valor do contrato dispensa maior divulgação”. A lei nº 8.666/93 em vários dos seus dispositivos aplica o princípio da publicidade. A lei de acesso a informação nº 12.527/11 em seu artigo 8º impõe aos órgãos que promovem a licitação que divulguem as informações em locais de fácil acesso (DI PIETRO, 2014, p. 385).

O princípio da eficiência é aquele que norteia toda a atuação da Administração Pública. Tal ação deve produzir resultado de maneira rápida e precisa, para que assim, satisfaçam as necessidades de todos. A eficiência entra em contraponto com as características históricas da Administração Pública brasileira onde imperam a lentidão, descaso e omissão, ressaltando raras exceções (MEDAUAR, 2006, p. 124).

Conhecido entre os italianos como “dever de boa administração”, o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade. Pela ECn. 19/98, que acrescentou ao rol dos consignados no art. 37, esse princípio ganhou status constitucional (GASPARINI, 2012, p. 64).

Atualmente tal princípio vem sendo entendido de maneira errônea, quando se sacrifica a legalidade em nome da eficiência. Não se deve encontrar uma maneira prática que não seja legal, mas sim dentro dos limites da lei achar uma forma de solução aos problemas de forma precisa e eficiente, assim tornando o procedimento mais célere sem ser ilegal (GASPARINI, 2012, p. 64).

Além de todos os princípios já listados, a autora Odete Medauar traz outros que são de suma importância sobre o tema que deverá ser desenvolvido de agora em diante.

Princípio da preponderância do interesse público sobre o interesse particular, que é materializado, de maneira ponderada, entre os interesses presentes numa determinada licitação, efetuado por um órgão público e os licitantes, de forma que não ocorra sacrifício a priori de nenhum interesse, encontrando a conciliação e uma menor perda em ambos os lados (MEDAUAR, 2006, p. 128).

O princípio da indisponibilidade do interesse público veda que às autoridades administrativas deixem de tomar providências relevantes ao interesse público, em virtude de outro motivo (MEDAUAR, 2006, p. 128).

O princípio da proporcionalidade consiste em não impor aos indivíduos em geral obrigações ou sanções são superiores àquelas necessárias ao atendimento do interesse público (MEDAUAR, 2006, p. 129).

O princípio da continuidade está vinculado a ininterrupção das atividades realizadas pela Administração Pública, para que o interesse da coletividade não seja prejudicado (MEDAUAR, 2006, p. 129).

O princípio da presunção de legalidade e veracidade significa que os atos e decisões tomados pela Administração Pública são feitos tendo como base normas legais e que seu conteúdo seja verdadeiro (MEDAUAR, 2006, p. 129).

Segundo o princípio da auto-executoriedade os atos e medidas tomados pela Administração também serão aplicados por ela mesma, sem a necessidade de qualquer outro poder (MEDAUAR, 2006, p. 130).

Por fim, o princípio da autotutela administrativa reza que a Administração deve zelar pela legalidade de seus atos e condutas e pela adequação dos mesmos ao interesse público (MEDAUAR, 2007, p. 130).

2.2. PROCESSO LICITATÓRIO E A AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS.

O processo licitatório é algo fundamental dentro da legislação brasileira. Partindo do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal onde se estabelece que “[...] ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública [...]”, levando assim a uma igualdade de condições entre todos os concorrentes interessados. O artigo 175 da Constituição Federal faz menção a obrigatoriedade nas concessões e incumbe ao Poder público tal tarefa da seguinte maneira: “[...] na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação [...]” (BRASIL, 2016a).

Vários autores procuram definir o que seja licitação, mas fato é que não se trata de nada alheio a realidade cotidiana de uma pessoa normal. É fácil de notar isto quando alguém quer adquirir algo e procura o melhor negócio, a coisa mais vantajosa pelo menor preço. Para os particulares isto é facultativo, sendo uma forma de economizar e ajudar na economia doméstica, mas para os entes públicos ou governamentais trata-se uma ação obrigatória, tendo em vista que estas entidades não podem escolher senão licitar (GASPARINI, 2012, p. 532).

De forma sucinta tem-se a seguinte definição de licitação:

“[...] um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 495).

Tratando-se de processo administrativo deve-se fazer referência aos atos preparatórios para chegar ao final que é objetivado pela Administração,

portanto a licitação seria um procedimento que integra os atos e fatos da Administração com os atos e fatos do licitante que levam a uma vontade contratual (DI PIETRO, 2014, p. 373).

Em resumo tem-se que os entes governamentais abrem disputa entre os interessados com o objetivo de escolher a proposta mais vantajosa às conveniências estatais. Neste entendimento a ideia de competição seria aquela “[...] a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”. Para tanto existem duas fases necessárias sendo a primeira denominada habilitação, isto é, aquela que toma como base a demonstração dos atributos necessários e a segunda a de julgamento que nada mais é de uma apuração da melhor proposta (MELLO, 2013, p. 532).

A licitação está sujeita a determinados princípios que não podem faltar no seu procedimento, tendo como pena descaracterização e a inviabilidade do resultado seletivo. O autor Hely Lopes Meireles (2007, p. 30) elenca vários destes princípios básicos dentre os quais podemos encontrar: “procedimento formal; publicidade de seus atos; igualdade entre os licitantes; sigilo na apresentação das propostas; vinculação ao edital ou convite; julgamento objetivo; adjudicação compulsória ao vencedor”. A razão última do procedimento licitatório, como acima mencionado, é encontrar a proposta mais vantajosa para a administração pública, sendo essencial que todos os concorrentes tenham as mesmas oportunidades, tratando-os com absoluta igualdade, somente a partir disto poderemos organizar uma licitação coerente e sem entraves.

Assim, em tudo o que as pessoas públicas, governamentais e suas subsidiárias são obrigadas a licitar, também devem ser ofertadas a mais de uma empresa, desta forma a escolha licitatória, em tese, deve ser a mais vantajosa para tais entes. “A licitação tem por finalidade o atendimento da situação fática cujo atendimento é do interesse público, em razão da qual se licitou” (BLANCHET, 2006, p. 101).

Como objeto da licitação tem-se, por exemplo, em uma obra pública a construção de uma cadeia, um serviço como a manutenção de máquinas, uma compra como de material de consumo ou uma alienação de bem público, locação, um arrendamento, concessão ou permissão de uso de bem público ou de serviço

público desejado pela entidade obrigada a licitar, desde que seja ofertada por mais de um interessado.

A licitação só tem sentido lógico, jurídico e prático, na presença de vários interessados na realização de um dado negócio com a entidade obrigada a licitar. Assim, se existir, por exemplo, um só ofertante por detentor do único ou de todos os bens existentes, não cabe falar em licitação para sua aquisição, que deve ser direta, tomadas, no entanto, as cautelas de estilo, especialmente quanto ao preço. No primeiro caso diz que o objeto é único e no segundo é singular (GASPARINI, 2012. p.553).

Adentrando especificamente ao processo licitatório, a questão sobre o preço na Lei 8.666/93 em seu artigo 40, inciso X, já citado anteriormente, dispõe que o edital deve indicar o critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, conforme seja o caso requerido pelo ente público. Portanto nota-se que independentemente da forma que se dê ao julgamento das propostas deve-se exigir no edital a apresentação, pelos interessados, dos preços unitários dos itens a serem licitados, para que a Administração possa fazer a análise adequada dos valores apresentados tomando como base o artigo 44, § 3º onde relata que: “Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos [...]” (BRASIL, 2016b). Desta maneira a proposta poderá ser desclassificada nos termos do artigo 48, inciso II, da presente lei:

Art. 48. Serão desclassificadas: [...]

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação [...] (BRASIL, 2016b).

O termo “conforme o caso”, encontrado no artigo 40, X, que foi usado no dispositivo que aborda a aceitabilidade dos preços unitários e globais pode levar a dúvida quanto à obrigatoriedade deste critério. Os critérios que se possam usar para a análise dos preços unitários apresentados, deve se ater também ao

menor preço global proposto, pois, embora possa não apresentar nenhuma consequência de imediato, mas pode determinar variações expressivas no valor contratado. Importante, sob este aspecto, mencionar ensinamento de Marçal Justen Filho (2014, p. 722), segundo o qual: “[...] a questão dos critérios de aceitabilidade dos preços unitários e global será examinada em conjunto com o tema do orçamento estimulado”. A estipulação dos preços unitários será o diferencial, tendo em vista a necessidade de possivelmente alterarem-se a itens identificados com Sobrepreço.

Desta forma entra-se em algo que é denominado pela Lei de Licitações como “jogo de planilhas”, isto é, um orçamento detalhado em planilha que visa formar critérios de aceitabilidade de valores unitários tendo como base a disposição do mercado, como será bem explicado na citação abaixo:

A fixação de critérios de aceitabilidade de preços unitários envolve a existência de orçamento detalhado em planilhas. O tema tem relação com o disposto nos art. 7.º, § 2.º, II, da Lei de Licitações. Ali está determinado que somente pode ser instaurada a licitação (especificamente para serviços) se, dentre outros requisitos, existir a discriminação dos custos envolvidos e a estimativa dos itens inerentes à execução do objeto. Por outro lado, o § 2.º, II, do art. 40 se refere ao orçamento estimado em planilhas contemplando quantitativos e preços unitários” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 722).

A lei 8.666/93 no seu artigo 40, inciso X afirma que o edital deve fixar critérios de aceitabilidade dos preços, permitindo a fixação de preços máximos, vedando a fixação de preços mínimos. O parágrafo 2º, inciso II, deste mesmo artigo refere-se como parte do edital um orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários. Desta forma servindo como parâmetro para aferição da razoabilidade dos preços ofertados. As empresas interessadas devem fixar os valores de suas propostas de acordo com os custos e lucros pretendidos, sem que ocorra interferência da Administração (JUSTEN FILHO, 2014, p. 722).

2.3. MODALIDADES DO EVENTO LICITATÓRIO.

No artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal tem-se que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, salvo

casos expressos por legislação específica é desta forma que se procede. A mesma lei ainda exige que as condições das propostas sejam mantidas em todo o período de vigência do contrato. Desta forma a Constituição Federal de 88 prevê:

Art. 37. 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 e, também, ao seguinte: [...]

XXI - 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. [...] (BRASIL, 2016a).

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro o gênero licitação se subdivide em modalidades. O artigo 22 da lei 8666/93 elenca todas as diversas formas de modalidades de licitação e o parágrafo 8.º deixa claro que “É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo” (BRASIL, 2016b). Existe a figura do pregão que não vem elencado no presente artigo e foi instituído pela lei 10.520/2002. Portanto o elenco do artigo 22 é exaustivo, mas ocorre a ressalva de lei federal específica que venha a tratar do tema.

Insiste-se em reafirmar, neste ponto, que a regra do §.8º deve ser interpretada em termos. Nada impede que a Administração produza modalidades inovadoras, inclusive combinando soluções procedimentais, para a promoção de contratos não abrangidos no âmbito específico da Lei 8.666/1993 [...] (JUSTEN FILHO, 2014, p. 361).

Não haverá impedimento para adoção de procedimentos competitivos próprios tendo como objetivo a contratação direta, cuja modalidade a Administração sequer estaria obrigada a seguir uma das modalidades. Desta forma a Administração não estaria impedida de realizar procedimentos simplificados para que desta forma se oportunize uma consulta mais ampla e a contratação mais vantajosa (JUSTEN FILHO, 2014, p. 361).

Concorrência, de modo geral, é aquela aplicada a contratos de grande valor e alienações de bens públicos imóveis², podendo esta última ocorrer também mediante leilão³. “Sendo obrigatória a sua utilização para obras e serviços de engenharia, cujo valor ultrapasse R\$ 1.500.000,00, ou para compras e serviços acima de R\$ 650.000,00” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 506).

Segundo o artigo 22, parágrafo primeiro da lei 8.666/93, trata-se da “[...] 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 do seu objeto” (BRASIL, 2016b). São requisitos peculiares desta modalidade a universalidade, ampla publicidade, habilitação preliminar idoneidade dos concorrentes e o julgamento por comissão.

A convocação da maior amplitude possível é muito clara neste trecho da lei, portanto qualquer interessado, desde que observados os requisitos do edital, poderá participar desta modalidade. Abaixo tem-se a define a licitação por Concorrência apresentada de forma sucinta:

É a modalidade de licitação, em tese, obrigatória para as alienações imobiliárias, as concessões de uso, serviços e obras públicas, o registro de preços e para os contratos de grande vulto, aberta com publicidade, que admite qualquer licitante cuja habilitação será apurada no início do procedimento. São suas características: a) anteceder aos contratos de grande vulto, ao registro de preços, às alienações imobiliárias e às concessões de uso, de serviço e obra pública; b) exigir publicidade; permitir a participação de qualquer interessado; d) habilitar o interessado no início do procedimento (GASPARINI, 2012, p. 621-622).

Os registros dos interessados na concorrência não podem ser requeridos pela Administração “o que não impede se exijam comprovantes de habilitação profissional, de capacidade técnica e de idoneidade financeira compatíveis com o objeto e valor da licitação” (MEIRELLES, 2007, p. 81). Tais requisitos deverão ser verificados, através da documentação requerida no edital, na fase de habilitação. Portanto está impedido o registro especial para a participação de interessados nesta modalidade, o que iria contrariar o princípio da universalidade (DI PIETRO, 2014, p. 415).

² Art. 17, I da Lei 8.666/93

³ Casos previstos no art. 19 da Lei 8.666/93

A publicidade é essencial na Concorrência e deverá ser realizada pela divulgação do edital ao menos uma vez no Diário Oficial da União, Estado ou Município, em conformidade com a entidade promotora da licitação, ou em algum jornal que tenha ampla circulação no Estado ou região onde deverá ser realizada a licitação (MEIRELLES, 2007, p. 81).

Tal divulgação é de abertura da concorrência, portanto a lei dispensa que o texto integral seja publicado no jornal, bastando somente um aviso convocatório “[...] com indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral e todas as informações sobre a licitação [...]”. A Lei define a forma de divulgação e fixa o número de publicações de maneira que intensifique a publicidade segundo o vulto e importância da licitação (DI PIETRO, 2014, p. 415).

A Lei fixa o prazo para apresentações de propostas (artigo 21, §2º, I e II da lei 8.666/93) da seguinte maneira: quando se tratar de licitações do tipo melhor técnica, técnica e preço, ou empreitada integral o prazo a ser respeitado é de 45 dias; o prazo de 30 dias aplica-se aos casos de licitação por menor preço, maior lance ou oferta em caso de alienação de bens ou em concessão de direito real de uso (MEIRELLES, 2007, p. 82).

A habilitação preliminar é da análise das qualificações plenas dos interessados para que seja feito o processo licitatório. Este procedimento está vinculado fielmente às condições propostas no edital, que será feita pela comissão de julgamento e deverá conter no mínimo três membros (art. 51 da lei 8.666/93), onde ao menos dois deverão ser servidores qualificados. Portanto esta comissão será aquela que deverá julgar a concorrência (MEIRELLES, 2007, p. 82).

Os tipos de Concorrência estão divididos entre: menor preço, melhor técnica e técnica e preço. Estes três tipos podem ser aplicados para as licitações em geral (artigo 45, §1º da lei 8.666/93), mas são frequentemente usados na concorrência (MEIRELLES, 2007, p. 82).

Por fim existe um tipo de concorrência que podem participar além de empresas nacionais aquelas estrangeiras, de forma isolada ou em forma de consócio. Sujeitam-se aos mesmos procedimentos de concorrência nacionais, ficando sob as diretrizes estipuladas pelo Banco Central e pelo Ministério da Fazenda, conforme definição abaixo:

De acordo com o § 3.º do art. 23, a concorrência é cabível também nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se, neste último caso, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores, ou o convite quando não houver fornecedores no País (MEDAUAR, 2007, p. 183).

Tomada de preços, é a modalidade que participam aqueles interessados que previamente estão cadastrados ou que atendem a todos os requisitos para o cadastramento até o terceiro dia anterior ao recebimento das propostas, sempre observando o parágrafo 2º do artigo 22 da Lei 8.666/93. Tratando-se de interessados não são previamente cadastrados a Administração poderá somente exigir o que está previsto nos artigos 27 a 31, que podem comprovar a habilitação é compatível com o certame nos termos do edital (MEDAUAR, 2007, p. 183).

Tomada de preços é a licitação para contratos de valor estimado imediatamente inferior ao estabelecido para a concorrência, realizada entre interessados previamente cadastrados, observada a necessária qualificação (art. 22, § 2º). A qualificação é a que constar no cadastro, por categoria tendo em vista a especialização, e por grupos, de acordo com a capacidade técnica e financeira dos inscritos (arts. 34 a 37) (MEIRELLES, 2007, p. 97).

A lei de licitações mudou a forma como era entendida a tomada de preços, anteriormente somente os licitantes que eram previamente cadastrados faziam parte de tal modalidade. Desta maneira a universalidade estava ausente, pois os não cadastrados não faziam parte da disputa. “A grande vantagem da tomada de preços estava na fase de habilitação, em que a comissão se limitava a examinar os certificados de registro cadastral; pela nova lei, esta fase praticamente se iguala à da concorrência [...]” (DI PIETRO, 2014, p. 416). Ao abrir as portas para que fosse aceito o cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas a lei desnaturou, de certa forma, o instituto, mas ampliou para um maior número de participantes, tornando este procedimento mais complexo, pois a comissão terá que analisar todas as documentações em um período menor de tempo. A este respeito tem-se a seguinte explanação:

O dispositivo poderia ser interpretado no sentido de que os interessados estariam sujeitos, para participar da tomada de preços, à obtenção do cadastramento até o terceiro dia anterior. Ou seja, deveriam requerer sua inscrição no cadastro com antecedência suficiente para estar concluída até o terceiro dia anterior. Essa interpretação é inadmissível por ser impossível estimar, de antemão, o prazo necessário para a inscrição no cadastro ser processada. Nem seria possível remeter a fixação desse prazo à discricionariedade da Administração. Portanto, não se pode reputar que o interessado deva, obrigatoriamente, estar cadastrado até três dias antes da data prevista para entrega das propostas, inclusive pelo risco de a Administração determinar o universo dos licitantes e restabelecer uma tomada de preço nos moldes da legislação revogada: bastaria a Administração atrasar sua atuação para excluir os interessados que houvessem requerido mais tardiamente seu cadastramento. Tanto mais porque a vontade legislativa é permitir que, após divulgado o edital, o maior número de interessados requeiram sua habilitação e venham a participar da licitação. Por isso, a melhor interpretação é a de que os interessados em participar deverão apresentar, até três dias antes da data prevista para entrega das propostas, toda a documentação necessária à obtenção do cadastramento (JUSTEN FILHO, 2014, 350-351).

Nesta modalidade a lei indica que seja aplicado a contratos de médio vulto, sob os termos dos incisos I e II do artigo 23 da Lei 8.666/93, isto é, valores entre R\$ 150.000,00 e R\$ 1.500.000,00 quando as obras forem de engenharia e entre R\$ 80.000,00 e R\$ 650.000,00 quando visar realizações de compras ou outros serviços diversos dos de engenharia (GASPARINI, 2012, p. 627-628).

Concluída a etapa de habilitação entra-se ao julgamento das propostas, que é semelhante à concorrência. “O que caracteriza a tomada de preços e a distingue da concorrência é a existência de habilitação prévia dos licitantes através dos registros cadastrais [...]” A habilitação preliminar está resumida a verificação de dados que estão nos certificados de registros dos interessados, de maneira a possuírem real capacidade operativa e financeira que foram exigidas no edital (MEIRELLES, 2007, p. 98).

A direção e todo o procedimento da tomada de preços até o julgamento das propostas estão sob responsabilidade da comissão de licitação que deve ser composta por um mínimo de 3 membros, conforme o artigo 51 da lei 8.666/93. Essa modalidade pode ser substituída pela concorrência, sempre quando a autoridade competente de julgamento achar conveniente (GASPARINI, 2012, p. 630).

Convite é a modalidade que participam interessados do ramo pertinente ao objeto que deverá ser licitado, sendo cadastrados ou não, são

escolhidos e convidados em um mínimo de três pelo ente licitante. Será fixado em local apropriado uma cópia do instrumento convocatório, que é denominado carta convite, e estenderá aos demais cadastrados na especialidade. Estes devem manifestar interesse de participar com antecedência de vinte e quatro horas antes do prazo final para a apresentação de propostas (MEDAUAR, 2007, p. 183).

Convite é a modalidade de licitação entre, no mínimo, três interessados do ramo pertinente a seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa, e da qual podem participar também aqueles que, não sendo convidados, estiverem cadastrados na correspondente especialidade e manifestarem seu interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas. (art. 22, § 3º). (DI PIETRO, 2014, p. 417).

Portanto o convite é o procedimento licitatório mais simples dentre todas as modalidades. “Prevê-se a faculdade de a Administração escolher potenciais interessados em participar da licitação”. É admitida a participação de quaisquer outros interessados dentro do prazo estabelecido e devidamente cadastrados (JUSTEN FILHO, 2014, p. 353).

Existe a real necessidade de convidar três empresas que trabalham ou que atendam o que está sendo requerido, sob pena de nulidade de procedimento. “Comprovado o atendimento dessa exigência, o procedimento será legítimo, mesmo que dois ou apenas um dos convidados tenha atendido à convocação da entidade licitante”. Caso apenas um responder a convocação será dado prosseguimento ao procedimento, se satisfizer as exigências da carta-convite e for conveniente a contratação então deverá ser aprovada a proposta (GASPARINI, 2012, p. 631).

Quer dizer que o simples fato de se apresentarem menos de três interessados não é suficiente, por si só, para determinar a repetição do convite. Pelo contrário, será possível prosseguir-se na licitação se ficar demonstrado o manifesto desinteresse dos licitantes convidados (o que não é possível de justificação, porque decorre de própria omissão dos licitantes) ou as “limitações do mercado”. Nesse caso, a limitação pode decorrer, por exemplo, da inexistência de outros possíveis interessados ou de empresas que, por alguma razão, não atendam às exigências da Administração. Se houver outros possíveis interessados em condição de atender ao convite, este deve ser repetido, agora com observância do § 6º do artigo 22 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 8.883/94 (DI PIETRO, 2014, p. 418-419).

Ainda que o procedimento legal seja a convocação de três interessados é prudente que seja ampliado o convite a um número maior. Portanto o número de convidados, dentro de um universo mais amplo, deve convencer aos interessados da lisura do procedimento (GASPARINI, 2012, p. 630-632).

Para tal espécie de licitação não se exige publicidade por meio de imprensa impressa ou digital. O edital dessa modalidade, denominado carta-convite, é enviado aos escolhidos e deverá ser fixado em local apropriado que será de fácil acesso a todos os interessados. A publicação do aviso da carta-convite viola o parágrafo 8º do artigo 22 da Lei 8.666/93, pois implica na combinação de modalidades distintas (GASPARINI, 2012, p. 630).

O procedimento e julgamento das propostas enviadas está a cargo de uma comissão neste procedimento licitatório, valendo as mesmas considerações de julgamento aplicadas nos procedimentos anteriores. Segundo o artigo 51, parágrafo primeiro da Lei 8.666/93 é possível que unidades administrativas com número pequeno de servidores a função de julgamento seja exercida por um único servidor designado pela autoridade competente (GASPARINI, 2012, p. 631).

Por se tratar de contratos de pequeno vulto tem-se que o valor a ser considerado seja entre R\$ 15.000,00 e R\$ 150.000,00 para obras ou serviço de engenharia ou entre R\$ 8.000,00 e R\$ 80.000,00 tratando-se de compra ou execução de serviços diversos de engenharia (GASPARINI, 2012, p. 632).

Concurso é a modalidade que podem participar quaisquer interessados para escolha de trabalhos técnicos, científicos ou artísticos conforme artigo 22, parágrafo 4º da Lei 8.666/93. A remuneração aos vencedores será feita por meio de prêmios previamente informados no regulamento do concurso em questão. Critérios e diretrizes deverão ser publicados em imprensa oficial com antecedência de quarenta e cinco dias (MEDAUAR, 2007, p. 183).

O concurso é uma modalidade de licitação, mas de natureza especial, bem diversificada das demais. Rege-se, é certo, pelos princípios da publicidade e da igualdade entre os participantes, objetivando a escolha do melhor trabalho, mas dispensa as formalidades específicas da concorrência. Deve ser anunciado através de edital, com antecedência mínima de 45 dias. É admissível o concurso entre nacionais e estrangeiros, a que se denomina concurso internacional (MEIRELLES, 2007, p. 100).

No artigo 52 da lei 8.666/93 está fixado um regulamento próprio, portanto este deverá discorrer sobre a qualificação dos participantes, as diretrizes e formas de apresentação do trabalho, condições de realização do concurso e sobre os prêmios a serem concedidos. Nada impede que para tal finalidade se edite um regulamento geral para que, tendo por base estas regras, sejam efetuados os outros concursos (GASPARINI, 2012, p. 633).

Prosseguindo no mesmo artigo o parágrafo 2º “em se tratando de projeto, o vencedor deverá autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente, devendo ser observada também a norma do artigo 111”. Assim o autor deverá ceder os direitos patrimoniais para a Administração, para que possa receber os prêmios devidos (DI PIETRO, 2014, p. 419).

Desta forma a lei condiciona o pagamento do prêmio a cessão dos direitos para Administração, para que possa utilizá-los em conformidade com o previsto no regulamento e conforme a necessidade da Administração. Mas quando o projeto for obra imaterial de caráter tecnológico a cessão de direitos incluirá somente o fornecimento de dados indispensáveis à tecnologia de concepção, desenvolvimento e aplicação da obra. Isto é, trata-se apenas de concessão no direito de usufruir da obra em questão, segundo a necessidade, sem a cessão de ferramentas que propiciaram o desenvolvimento da mesma (MEIRELLES, 2007, p. 100).

Toda a direção do concurso e o julgamento dos trabalhos entregues caberá a uma comissão especial composta por pessoas que tenham reputação ilibada e notório conhecimento a respeito do tema do certame. O concurso terá fim com a escolha do trabalho e a entrega dos prêmios aos vencedores. Isto não irá “conferir qualquer direito de contratar a execução do projeto com a entidade licitante. A execução será objeto de nova licitação” A execução do projeto será feita mediante uma das modalidades como concorrência, tomada de preços ou convite da qual não poderá fazer parte o autor, salvo como consultor técnico (GASPARINI, 2012, p. 634).

Leilão é a modalidade de licitação onde qualquer interessado poderá adquirir bens móveis que não tem mais utilidade para a Administração ou produtos legalmente apreendidos além dos empenhados. Bens imóveis também fazem parte desta modalidade, desde que a aquisição seja derivada de

procedimento judicial ou de dação em pagamento. Portanto será considerado vencedor aquele que der lance igual ou superior ao da avaliação (MEIRELLES, 2007, p. 101).

Leilão pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração, procedendo-se na forma de legislação pertinente (art. 53, caput). O edital de leilão, publicado, pelo menos, quinze dias antes de sua realização, deve ser amplamente divulgado, em especial no Município em que ocorrerá (§ 4.º do art. 53). O bem a ser leiloado será previamente avaliado pela Administração, para fixação de preço mínimo de arrematação (§1.º do art. 53); os bens arrematados são pagos à vista ou no percentual previsto no edital (não inferior a 5%); após a assinatura da respectiva ata, lavrada em seguida no local do leilão, os bens serão imediatamente entregues ao arrematante; este, se for o caso, se comprometerá a efetuar o pagamento do restante no prazo fixado no edital, sob pena de perder, em favor da Administração, o valor já recolhido (§ 2.º do art. 53) (MEDAUAR, 2007, p. 184).

Ressalvadas as hipóteses do artigo 19 da Lei 8.666/93, quando se tratar de bens imóveis, a modalidade licitatória será obrigatoriamente a concorrência. A Lei 8.666/93 não faz menção aos bens semoventes, no Decreto-lei nº 2.300/86 era possível concluir que a modalidade cabível seria leilão, pois não fazia nomeava as modalidades do bem, havendo apenas a expressa exigência de concorrência para alienação de imóveis. Pode-se, deste modo, aplicar o que se refere aos bens móveis, já que os semoventes são considerados, em regra, uma espécie de bem móvel dotado de movimento próprio (DI PIETRO, 2014, p. 419-420).

A Administração poderá fazer dois tipos de leilões. O primeiro é o comum, que é realizado por leiloeiro oficial, sob a luz da legislação federal e as condições já estabelecidas pela Administração Pública. O segundo é o administrativo que é realizado por um agente da entidade interessada. Sob estas orientações as leis, tanto estaduais quanto municipais, adotam o procedimento mais conveniente para o ente da Administração (GASPARINI, 2012, p. 636).

O leilão ocorrerá por meio de lances verbais, no ato, em disputa pública entre os ofertantes. Para que isto ocorra deverá ser precedido de ampla publicidade, sem formalidades inúteis e com indicação de horário e de coisas a serem leiloadas feita de maneira clara, para que possa atrair o maior número de interessados (MEIRELLES, 2007, p. 102).

Pregão é a modalidade de licitação, não elencada no artigo 22 da Lei 8.666/93, mas instituída por lei posterior. Trata de aquisição de bens e serviços cuja disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública. Sendo possível ser realizado por meio eletrônico (MEDAUAR, 2007, p. 184).

Medida provisória editada em 04.05.2000 institui, no âmbito da União, modalidade denominada pregão. A lei 10.520, de 17.07.2002, resultante da conversão de Medida provisória, estendeu-a aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Destina-se à aquisição, entre quaisquer interessados, de bens e serviços comuns, sem limite de valor, em que a disputa é feita por meio de propostas e lances em sessão pública. O Dec. 3.555, de 08.08.2000, fixou o regulamento do pregão (MEDAUAR, 2007, p. 184-185).

O pregão presencial é aquele que a disputa pelo fornecimento de bens e serviços é feito em sessão pública, através de propostas escritas e lances verbais. Primeiramente esta modalidade licitatória foi instituída para a União, mas posteriormente foi ampliada a Estados e Municípios. A finalidade desta modalidade é a seleção da proposta mais benéfica para aquisição de bens e execução de serviços comuns. O TCU tem admitido, além do já citado, para obras de menor complexidade técnica, sendo consolidado na Súmula 257/2010 daquele tribunal. Tem como critério de seleção o menor preço, considerado as propostas escritas e os lances verbais. Na sessão o pregoeiro, ajudado por sua equipe promove o credenciamento dos interessados (GASPARINI, 2012, p. 638-648).

O pregão eletrônico é realizado por meio eletrônico. Esta modalidade difere pouco ou quase nada da presencial. Esta forma tem duas fases a primeira é a preparatória onde são designados os membros da equipe e o pregoeiro. Estes integrantes devem ser servidores do órgão promotor (GASPARINI, 2012, p. 638-648).

3. DIFERENÇA ENTRE SOBREPREGO E SUPERFATURAMENTO

A questão do Superfaturamento e Sobrepreço está muito em voga em momentos de crise das instituições brasileiras, para muitos são sinônimos, mas será analisado cada qual separadamente tendo em vista manter das devidas distinções entre um e outro. Ambos envolvem a questão do preço que será analisado tendo como prisma o valor de mercado praticado no âmbito do comércio privado

3.1. COMPOSIÇÃO DE PREÇOS E SUAS VARIAÇÕES

A legislação brasileira que trata da regulamentação do procedimento licitatório é a Lei Federal 8.666/93, mas existem disposições que podemos encontrar na própria Constituição em seu artigo 37, inciso XXI. Tendo “(...) ressaltados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública (...)”. Desta forma possibilita uma igualdade entre todos os concorrentes, garantindo o pagamento mediante as condições estabelecidas na proposta. A igualdade entre os licitantes é estabelecida por lei, mas falta aí a questão da igualdade das propostas constituídas pelo valor a ser proposto na licitação (BRASIL, 2016a).

Inúmeras são as variações que determinam o valor quando se trata de bens e serviços. Em virtude do grande poder de compra do Governo estas variações de valores tornam-se mais evidentes, para dificultar discrepâncias de valores na aquisição de bens e serviços os órgãos estatais estão submetidos a critérios legais previamente estipulados (MATTOS, 2014, p. 260).

O ente estatal é um cliente diferente dos demais para empresas contratantes, pois têm necessidades e peculiaridades específicas que podem encarecer ou reduzir o preço do produto requerido dependendo da necessidade. A aquisição deve ocorrer de forma padronizada, organizada e com uma ampla transparência para que não ocorra favorecimento de pessoas ou empresas. Desta forma advém a real necessidade de estabelecer previamente as regras do jogo o que proporciona uma disputa honesta e economicamente viável para o Poder

Público. Tais critérios já devem ser estabelecidos dentro do processo licitatório (MATTOS, 2014, p. 260).

A forma de aquisição de bens, na Administração Pública, é feita por meio de licitação, este processo inicia-se muito antes da publicação do edital de convocação. Existem procedimentos internos que devem ocorrer para que culmine na definição de todos os elementos necessários para a realização da licitação. A definição do objeto é importante para o início de todo o processo, especialmente no que tange a datação e o levantamento orçamentário. A regulamentação disciplina tanto o momento *ex ante*, isto é, a fase que precede a elaboração do edital, quanto o segundo momento denominado *ex post*, que trata de imposições de normas que dizem respeito a alteração, revisão, rescisões contratuais e aplicação de sanções aos agentes contratantes. O procedimento licitatório em sua fase inicial comporta duas fases principais, a fase interna e a fase externa (BRASIL, 2016c, p. 1).

A primeira fase inicia-se com a avaliação preliminar. As providências tomadas são de cunho inicial, dirigem a decisão da promoção da licitação, mas não são suficientes para que seja instalado o procedimento licitatório. O autor Marçal Justen Filho (2014, p. 179) divide esta avaliação em quatro partes que são: primeiro, identificar a necessidade a ser satisfeita. Trata-se de uma constatação sobre a situação fática atual e futura do objeto licitado; segundo, devem ser consideradas as alternativas de solução. Devem ser avaliadas as soluções possíveis e determinadas as desvantagens e vantagens de soluções que já existem; terceiro, determinar a viabilidade jurídica e financeira de determinada solução. Neste ponto ocorre o confronto entre as reais necessidades da Administração Pública e as limitações orçamentárias; por fim ocorre a determinação do regime de execução da atividade. Neste ponto primeiramente deverá ser vista a execução direta por meio da Administração Pública com recursos próprios, caso seja constatada a real conveniência de execução indireta então caberá a contratação de terceiro e serão vistas as condições contratuais.

Uma vez feita a avaliação preliminar inicia-se a fase interna que tem o enfoque administrativo, isto é, ocorre dentro do órgão contratante. Aqui encontra-se a solicitação expressa por determinado setor da Administração para a compra de um bem ou realização de um determinado serviço, posteriormente segue a

aprovação da autoridade competente e a instalação do processo licitatório. O processo inicia-se mediante a estimativa do valor da contratação, por comprovada pesquisa de mercado além de ater-se a aos recursos orçamentários para tal despesa, sempre se atentando Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF. Os materiais, equipamentos e serviços necessários são verificados e as especificações técnicas são elaboradas e finalmente a modalidade de licitação é escolhida (BRASIL, 2016c, p. 1-11).

A (etapa) interna é aquela em que a promotora do certame, em seu recesso, pratica todos os atos condicionais à sua abertura; antes, pois, de implementar a convocação dos interessados. A etapa externa – que abre com a publicação do edital ou com os convites – é aquela em que, já estando estampadas para terceiros, com a convocação de interessados, as condições de participação e disputa, irrompe a oportunidade de relacionamento entre a Administração e os que se propõe afluir ao certame (MELLO, 2014, p. 586).

A segunda fase é a externa que comporta o adivo da licitação entrando em cena todas as empresas proponentes (MATTOS, 2014, p. 266). “A fase externa tem início com a divulgação do ato convocatório e vai até a contratação do fornecimento do bem, da execução da obra ou da prestação dos serviços”. Esta fase inicia-se com a publicação do aviso de convocação que irá fixar as condições da licitação. A mesma termina com a homologação do processo licitatório pela autoridade competente, após a verificação da conveniência e legalidade seguida da adjudicação do objeto do contrato ao vencedor da licitação (BRASIL, 2016d, p. 1).

O edital é o instrumento convocatório da licitação e determina quais são as condições necessárias para a aceitação dos preços, assim como os elementos do certame, detalhes de participação, habilitação e julgamento e todas as especificações devem estar previstas em tal documento (CARVALHO FILHO, 2013, p. 281).

Deve-se ater ao ato convocatório para a composição de preços, pois o mesmo contempla parâmetros para a avaliação da excessividade e da inexequidade dos preços praticados. Desta forma as empresas interessadas irão conhecer o objeto a ser licitado, os requisitos de participação, a documentação exigida, o valor estimado dentre outros dados importantes no procedimento (JUSTEN FILHO, 2014, p. 722).

Para o sistema de licitação o que é válido é o preço, unitário ou global, certo e ajustado. Preço vem do latim *pretium* que significa o valor pecuniário que é atribuído a uma coisa. Geralmente se pergunta, quando se deve adquirir algo, quanto custa, aparentando que custo e preço são a mesma coisa. Custo segundo o dicionário Aurélio é a quantia pela qual se adquiriu algo, valor em dinheiro, dificuldade ou esforço (FERREIRA, 2010, p. 200).

A fixação de critérios de aceitabilidade de preços unitários envolve a existência de orçamento detalhado em planilhas. O tema tem relação com o disposto no art. 7º, § 2.º, II da Lei de Licitações. Ali está determinado que somente pode ser instaurada a licitação (especificamente para serviços) se, dentre outros requisitos existir a discriminação dos custos envolvidos e a estimativa dos itens inerentes à execução do objeto. Por outro lado, o § 2.º, II, do art. 40 se refere ao orçamento estimado em planilhas contemplando quantitativos e preços unitários (JUSTEN FILHO, 2014, p. 722).

Na economia a expressão preço de custo, nasce desta linha de pensamento, que leva o valor real da matéria-prima empregada na fabricação, juntamente com as despesas com mão-de-obra, energia dentre outros insumos e gastos que tem referência exclusivamente a manufatura do objeto. Preço exprime a avaliação ou valor pecuniário que é atribuído a coisa para que seu valor final seja determinado. Em contrapartida diz-se que o preço é certo quando é determinado por quantia certa em dinheiro, pois traduz uma soma pecuniária que o compõe. Preço ajustado é outra forma de avaliação, decorre de um ajuste ou acordo entre as partes, como acontece com o preço proposto em licitações, que uma vez adjudicado, deve ser obrigatoriamente praticado (ESCOBAR, 1996, p. 23-24).

É comum confundir o valor de mercado com o preço pago pelo objeto. Preço é a quantidade em dinheiro que se paga em uma transação, podendo ser superior ou inferior ao valor de mercado de determinado item. Contudo, como os preços praticados pelo mercado estão sempre se realizando, ora abaixo, ora acima do valor de mercado, na prática estima-se o valor de mercado como sendo a média dos preços (DANTAS, 1998, p.11).

Preço de mercado é o valor financeiro que corresponde ao ponto de equilíbrio entre a oferta e a demanda, no mercado onde a concorrência é perfeita e em um determinado momento. O mercado de concorrência perfeita é uma

situação ideal de mercado onde apenas as forças da dinâmica da oferta e procura atuam (ROCHA; CORREIA; NOBRE, 2002, p.3). Preço é o que “harmoniza os interesses conflitantes dos produtores e consumidores” (ROSSETTI, 2000, p. 428).

Sabe-se porém que no mundo real, as estruturas de mercado, estão situadas entre os extremos teóricos da concorrência perfeita e do monopólio puro. Preço de mercado é, na realidade, um valor influenciado pelas imperfeições do mercado, e não corresponde exatamente ao mesmo ponto de equilíbrio, que ocorreria em uma situação de concorrência perfeita.

Na realidade, além da existência de monopólios e oligopólios, os mercados ainda são também influenciados pela participação do estado na economia. Pode-se concluir então que o preço de mercado de um produto ou serviço está, ora acima, ora abaixo do ponto de equilíbrio ideal. (ROCHA; CORREIA; NOBRE, 2002, p.3).

Na área econômica ainda se encontra o preço tangencial, que representa a tendência de mercado. Sendo que para ele devem convergir a maioria das ofertas de preços de uma licitação. O preço interceptivo é resultado de uma simulação que é fundada em dados concorrenciais que levam como critérios a “maximização da economia de recursos, busca permanente da racionalização de processos, segurança obtida com o levantamento detalhado das condições de execução, e posicionamento conservador, na oferta do preço, em situações de baixa previsibilidade”. Após o conhecimento destes dois tipos de preços pode-se definir então o estreitamento da faixa de variação de uma forma mais acurada e com maior confiabilidade, possibilitando assim identificar práticas de Sobrepreço ou Superfaturamento (CARVALHO, PINI, 2009).

Voltando ao enfoque do direito existem dois critérios adotados nas licitações, o de preço unitário e global. Por preço global é entendido o preço total da obra ou serviço, sendo aplicado comumente em empreitada. Preço unitário é quando se contrata para executar um único objeto ou na aquisição de um tipo de bem, isto é, preço certo por unidades determinadas. A remuneração neste último caso advém do somatório de todos os itens que devem ser contratados (JUSTEN FILHO, 2014. p. 157).

Ambos não devem ser diferentes dos praticados pelo mercado. “O critério de aceitabilidade de preços adotado pela Administração Pública em uma licitação não deve permitir que sejam admitidos preços distanciados da realidade

do mercado”. Assim a questão dos preços deve ser vista em conjunto, isto é, os preços unitários e globais devem ser levados em conta de uma maneira unitária (BRASIL, 2011e, p. 1).

Analisando o preço pode-se observar que em sua composição está presente custos que estão diretamente relacionados com a execução do objeto, como os materiais, insumos e a mão de obra. Existem, também, “despesas indiretas que correspondem a gastos indispensáveis à execução da prestação, mas que não se integram no objeto da prestação”. Contribuições legais como tributos, despesas administrativas e a margem de lucro são exemplos deste tipo de despesa (JUSTEN FILHO, 2014, p. 722).

De maneira concreta pode-se observar em um edital de licitação de fretamento eventual para transporte rodoviário municipal, intermunicipal e interestadual de pessoas:

Nos preços propostos estão inclusos todos os gastos relativos ao fretamento, incluindo os serviços de motoristas, combustíveis, pedágios, multas dos órgãos de trânsito, manutenção e demais despesas inerentes aos veículos e à prestação de serviços.
Declaramos que também não caberá cobrança em separado de tributos, encargos sociais, financeiros e trabalhistas, taxas, frete e quaisquer outros ônus que porventura possam recair sobre a prestação do fornecimento, objeto da presente licitação (BRASIL, 2016g, p. 15).

As planilhas de cálculos procuram determinar os valores unitários e fazem o esforço de avaliar caso a caso os diversos elementos que compõe o custo diretamente necessário à execução de determinada prestação. As despesas indiretas não são padronizáveis, mas apresentam uma uniformidade quando se trata, por exemplo do quesito imposto, o qual é imposto por lei, o que torna uniforme para certas categorias de atividades. A taxa de juros aplicada é uma forma de despesa indireta que pode variar com o decorrer do tempo (JUSTEN FILHO, 2014, p. 723).

Além de tudo o já citado existe a necessidade da previsão dos recursos orçamentários que delimitam uma fixação de preços máximos na aquisição de bens e serviços. “Se a Administração apenas pode realizar a licitação se houver previsão de recursos orçamentários, é inevitável a fixação de preços máximos”. Torna-se um meio eficaz de evitar o risco de contratar um determinado serviço ou

adquirir um bem que esteja fora da cobertura orçamentária (JUSTEN FILHO, 2014, p. 731).

A questão da composição de preços e suas variações no mercado privado é um tema complexo que sozinho já demandaria um estudo a parte, mas o mesmo tema aplicado dentro das licitações públicas torna este tema ainda mais nebuloso e complexo. A seguir serão analisadas as variações de valores que ultrapassam a composição de preço de mercado dentro da ótica de Sobrepreço e Superfaturamento.

3.2. O SUPERFATURAMENTO NA AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS

Ao tratar de Superfaturamento não se pode deixar de se entrar no termo corrupção, pois é a partir desta que se encontram determinadas irregularidades que estão nos editais de licitação e na execução contrato. O Tribunal de Contas da União trata da prática de Sobrepreço e Superfaturamento nos contratos realizados entre agentes públicos e privados, por meio da qual os agentes contratantes procuram obter vantagem econômica de maneira lícita ou ilícita. Tais práticas são amplamente analisadas e estudadas (TARSITANO, 2012, p. 40).

Existe a real necessidade de certificar-se que o valor orçado seja mesmo o valor de mercado do objeto requerido. O acórdão do TCU 2432/2009, que tem como relator o Ministro Valmir Campelo, analisa que se pois “(...) o preço cotado pela empresa vencedora do certame encontra-se em patamar superior àquele cotado pela Administração (...)” deve ser analisada pela administração a subestimação do valor real de mercado, caso seja verificado tal caso então “(...) não há falar em superfaturamento” (TCU, AC-2432-42/09-P, PLENÁRIO, Data de publicação 14/10/2009). (BRASIL, 2016h).

Dentro da economia existe a expressão *rent-seeking*, que nada mais é que a busca do agente privado em maximizar seus próprios interesses alcançando assim um ganho maior dentro ou fora das regras de conduta econômica e social. É a busca de renda, isto é, uma forma de conseguir renda econômica pela manipulação do ambiente social ou político onde as atividades econômicas ocorrem. A corrupção é vista por alguns autores como sendo um

rent-seeking e diretamente relacionados aos grandes projetos públicos que são escassamente fiscalizados (TANZI, DAVOODI, 1997, p. 3-5).

Ainda sobre o prisma da economia a emissão de uma fatura cujo preço está acima do valor de mercado pode ser considerado como sendo Superfaturamento. O ponto de equilíbrio entre a demanda e a oferta em um mercado de concorrência perfeita é considerado como valor de mercado na linguagem econômica. Os preços oscilam, hora estão acima e outra estão abaixo do valor de mercado, portanto o melhor medidor a ser considerado é a média aritmética dos preços praticados em um dado período no mercado que está sendo estudado. Superfaturamento é, portanto, a prática de preços acima da média de mercado, na data ou período ao qual foi feita a consulta (ROCHA; CORREIA; NOBRE, 2002, p.3).

Quando aos parâmetros de Superfaturamento o Ministro Adhemar Paladini Ghisi, no Acórdão nº 136/1995, (TCU, AC-0136-47/95-P, PLENÁRIO, Data de publicação 18/10/1995), discorre da seguinte maneira: “Ora, convenhamos que diferenças em patamares de 9,7% estão longe de caracterizar superfaturamento, mas refletem apenas variações normais de mercado”. Isto ocorreu em uma época de instabilidade financeira, mesmo fato que a sociedade atual está sofrendo (BRASIL, 2016i).

A constatação do Superfaturamento ocorre após a efetivação do contrato da licitação. “O superfaturamento, por sua vez, ocorre quando se pagam valores acima daqueles devidos, em geral decorre da aceitação de quantidades acima daquelas realmente empregadas no objeto ou do sobrepreço”. Os objetos com valores superiores aos definidos pelo mercado e que estão na lista de licitações podem ser considerados como Sobrepreço. Aqui ocorre a linha tênue que delimita Superfaturamento e Sobrepreço (BRASIL, 2012f, p. 24).

Sobre Superfaturamento o próprio TCU define o que é e como se caracteriza os danos que podem acontecer ao erário:

Superfaturamento é o dano ao erário caracterizado por:

- a) medição de quantidades de serviços superiores às efetivamente executadas/fornecidas (superfaturamento por quantidade);
- b) deficiências na execução de obras e serviços de engenharia que resultem em diminuição da qualidade, vida útil ou segurança; ou alteração qualitativa dos insumos (equipamentos e materiais) utilizados na execução de serviço, em relação aos especificados na composição

de custo unitários, gerando diminuição no custo direto da contratada que não é contabilizada na planilha orçamentária contratual (superfaturamento por execução de serviços com menor qualidade);

c) alteração de metodologia executiva durante a obra – caso o orçamento original tenha previsto método executivo claramente ineficiente, antieconômico, ultrapassado ou contrário à boa técnica da engenharia –, sem que se proceda ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato decorrente da adoção de método construtivo mais racional e econômico (superfaturamento por alteração de metodologia executiva);

d) pagamentos com preços manifestamente superiores aos praticados pelo mercado ou incompatíveis com os constantes em tabelas referenciais de preços (superfaturamento por preços excessivos);

e) quebra do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em desfavor da Administração, por meio da alteração de quantitativos (superfaturamento por jogo de planilha);

f) pagamentos com preços indevidamente reajustados (superfaturamento por reajustamento irregular de preços);

g) pagamentos antecipados não previstos em edital (superfaturamento por adiantamento de pagamentos);

h) ganho financeiro indevidamente auferido pela contratada, devido à medição/pagamento de serviços iniciais com sobrepreço, compensado pela medição/pagamento de serviços posteriores com desconto (superfaturamento por distorção do cronograma físicofinanceiro); ou

i) pagamentos indevidos decorrentes da prorrogação injustificada do prazo de execução da obra (superfaturamento por prorrogação injustificada do prazo contratual) (BRASIL, 2012e, p 54).

Na decisão a juíza Maria Cristina Rech, (COMARCA DE CAPÃO DA CANOA, 141/1.07.0012302-4, 1ª VARA CÍVEL, Relatora MARIA CRISTINA RECH, Data de Publicação 05/07/2011) salienta a necessidade de desproporção entre os valores de mercado e o preço efetivamente pago para a caracterização de Superfaturamento: “Todavia, custo maior não implica necessariamente em produto superfaturado. Para haver superfaturamento deve haver uma desproporção significativa entre o exato preço da mercadoria e o valor efetivamente pago” (BRASIL, 2016j).

Jurisprudencialmente a definição adotada pelo ex-ministro do TCU Ubiratan Aguiar, (TCU, AC-0310-10/06-P, PLENÁRIO, Relator UBIRATAN AGUIAR, DATA DE PUBLICAÇÃO 15/03/2006) é de que: “(...) o Superfaturamento se verifica após a regular liquidação da despesa, ou seja, depois da aquisição, faturamento e pagamento de um bem ou serviço” (BRASIL, 2016n). Portanto após a aprovação do Sobrepreço, tema que será tratado a seguir, por meio da licitação e o pagamento do mesmo (LIMA, 2016 p. 29-30).

Para entender melhor deve-se analisar o que é liquidação. Segundo o artigo 64 da lei 4.320/64: “A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos

comprobatórios do respectivo crédito” (BRASIL, 2016k). Ocorre anteriormente a fiscalização do objeto licitado, que estará sujeito a exame para sua verificação de compatibilidade com as normas técnicas e o contrato. Para o pagamento a lei 8.666/93, em seu artigo 40, XIV, prevê um prazo de até 30 dias para a liquidação total dos débitos. Esta definição é muito importante para a compreensão tanto do Superfaturamento e do Sobrepreço que tem como linha limítrofe a liquidação (JUSTEN FILHO, 2014, p. 538).

3.3. O SOBREPREGO E A ESCALA DE VALORES DE MERCADO

O Sobrepreço é a constatação de preços superiores aqueles praticados pelo mercado para itens unitários, mas que o pagamento ainda não foi efetivado. Pode ser encontrado tanto em contratos iniciais realizados entre agentes públicos e licitantes vencedores ou em seus respectivos termos aditivos, estes últimos surgem de negociações contratuais. Está configurado Sobrepreço a cotação futura de um bem ou serviço superior ao praticado pelo mercado, buscando uma diferença superior obtida entre os preços a serem contratados ou medidos e os preços utilizados como de referência (TARSITANO, 2012, p. 40).

Há sobrepreço global quando o preço global da obra é injustificadamente superior ao preço global do orçamento paradigma. De modo similar, há sobrepreço unitário quando o preço unitário de determinado serviço é injustificadamente maior que o respectivo preço unitário paradigma (BRASIL, 2016l, p 52).

Os valores acima dos estimados pelo mercado podem sofrer diversas variações de preço, como já observado acima. “O sobrepreço ocorre quando se estimam valores acima do mercado para compor a planilha orçamentária”. Sobre este enfoque constata-se que a contratação do objeto não foi efetivada, isto é, ocorre antes da liquidação (BRASIL, 2016l, p. 24).

A participação do Estado nas licitações pode ocasionar influência no valor do produto. “Se a Administração não pretende pagar à vista e coloca o particular sob risco de pagamento apenas mediante precatório requisitório, é obvio que o preço poderá ser superior”. Portanto, neste caso, deve-se comprovar

que a Administração poderia obter o valor inferior no mercado por objeto equivalente tendo as mesmas condições do edital (JUSTEN FILHO, 2014, p. 422).

Figura 1 – Conceito de Sobrepreço e Superfaturamento



Fonte: LIMA, 2016 p. 29-30

O acórdão do TCU 678/2008, que teve como relator Marcos Bemquerer, salienta a necessidade de ater-se a realidade que é enfrentada pelo gestor para que seja aferido o Sobrepreço. “Considera-se afastado o indício de sobrepreço inicialmente detectado se as peculiaridades do empreendimento justificam a adoção de custos unitários, em média, 8,9% acima dos valores indicados no Sinapi” (TCU, AC-0678-12/08-P, PLENÁRIO, Relator MARCOS BEMQUERER, DATA DE PUBLICAÇÃO 16/04/2008). Jurisprudencialmente pode existir a variação que parte de 8,9% podendo chegar a 9,7% dos valores indicados no SINAPI (BRASIL, 2016m).

Muitos não fazem a distinção correta entre superfaturamento e Sobrepreço. “Apesar da distinção exposta pela doutrina e jurisprudência do Tribunal, algumas vezes os termos se confundem pelos próprios auditores, sendo utilizados para caracterizar a mesma irregularidade”. A linha é tênue entre ambos e é muito controversa a sua definição, na visão econômica tratam-se de coisas semelhantes em momentos distintos dentro do processo licitatório (LIMA, 2016 p. 30).

Ubiratan Aguiar, ex-ministro do TCU conceituou que Sobrepreço e Superfaturamento são em sua essência iguais, mudando apenas o momento o qual é analisado. “O Sobrepreço ocorre quando uma cotação de um bem ou serviço é superior ao valor praticado pelo mercado”. (TCU, AC-0310-10/06-P, PLENÁRIO, Relator UBIRATAN AGUIAR, DATA DE PUBLICAÇÃO 15/03/2006). (BRASIL, 2016n). Portanto Sobrepreço é um Superfaturamento em potencial, caso ocorra a liquidação estará efetivado o Superfaturamento. Tal visão é amplamente difundida na jurisprudência (LIMA, 2016 p. 29).

4. O GASTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM VALORES SUPERIORES AO DO MERCADO PRIVADO E SUA JUSTIFICAÇÃO PERANTE AO LUCRO DA EMPRESA E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE

A relação do ente público com o mercado privado porta algumas dificuldades como questões de valores e preços que poderão divergir em contraposição aos aplicados somente no mercado privado. Vários são os fatores que poderão influenciar nesta divergência, como aspectos econômicos, burocráticos e orçamentários e outros. Tendo isto como pressuposto será analisado o Sobrepreço e Superfaturamento na aquisição de bens e serviços na Administração Pública por meio de licitação em relação ao princípio da moralidade.

4.1. O PROCESSO INVESTIGATIVO DO ESTUDO DE PREÇOS

Este procedimento investigativo do estudo de preços começa já na fase interna, isto evita que a Administração contrate de forma defeituosa e, por conseguinte, ocorra um maior dispêndio dos recursos públicos. Observado este procedimento advém então uma licitação satisfatória que reduz o risco de conflitos, impugnações e atrasos (JUSTEN FILHO, 2014, p. 179).

A padronização é a regra, portanto a Administração deverá levar em conta as compras já efetuadas e as que serão. “A padronização aplica-se não apenas a uma compra específica, especialmente quando se trate de bem de vida útil continuada”. Deverá ter em conta na hora da licitação produtos semelhantes que já integram o patrimônio público, tal atitude implicará na redução de custo de manutenção, simplificação na mão de obra dentre outras facilidades proporcionada pela uniformidade de bens (JUSTEN FILHO, 2014, p. 247).

Além da padronização dos produtos adquiridos buscar-se na pesquisa a uniformização de preços, com a verificação dos preços existentes no mercado. Para uma melhor unificação dos valores os vários órgãos da Administração devem trocar informações entre si, sobre produtos similares, isto evita a prática de preços divergentes para produtos semelhantes. Com isto a detecção de distorções nos preços torna-se mais clara e imporá ao gestor a escolha de valores condizentes dentro da mesma realidade. Estas situações devem levar em conta

as especificações, condições de pagamento e outras variantes implícitas dentro do plano de licitação (JUSTEN FILHO, 2014, p. 247).

A principal deficiência na estimativa de preços relacionou-se à falta de amplitude na pesquisa das cotações. De fato, o INSS limitou-se, na maioria dos itens, a consultar fornecedores, sem ter estendido a pesquisa a órgãos e entidades da Administração Pública e sem ter realizado ampla pesquisa de mercado, procedimento que contraria o art. 15, inciso V e parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93. Como resultado, a estimativa de preço da contratação (R\$ 115.830.015,93) suplantou em muito o valor final do pregão (R\$ 52.658.579,64). Não restou configurado dano ao erário, contudo, porque a grande participação de licitantes acabou aproximando os preços da realidade de mercado. Como não há garantia de que isso volte a ocorrer em futuras licitações, cabe expedir alerta à entidade com vistas à adoção de medidas que possibilitem uma avaliação acurada dos preços dos bens e serviços de TI a serem licitados futuramente, possibilitando, com isso, a elaboração de pesquisas de preço confiáveis (TCU, AC-299-4/11-P, PLENÁRIO, Relator JOSÉ MÚRCIO MONTEIRO, DATA DE PUBLICAÇÃO 09/02/2011). (BRASIL, 2016o)

Dentro deste ambiente os preços podem ser vistos e analisados de várias formas diferentes como por exemplo, por item, global, lote ou grupo e devem ser cotados conforme está exigido no ato convocatório. Dentro dos preços cotados pelo ente público os licitantes são obrigados a incluir “ (...) os impostos, taxas, fretes e as despesas decorrentes da execução da obra, da prestação do serviço ou do fornecimento do bem (...)”. Deverão ainda incluir os possíveis descontos que podem ser concedidos (BRASIL, 2016d, p. 150).

Abaixo pode-se observar o esquema proposto pelo TCU das possibilidades de discriminações de preços:

Os preços podem ser assim discriminados:

- por item / unidade – valor unitário. Exemplo: uma caneta = R\$ 2,00;
- pelo total do item – correspondente à multiplicação do preço unitário pela

quantidade de objetos. Exemplo: dez canetas X R\$ 2,00 = R\$ 20,00;

- por preço global – valor total da proposta, incluindo o somatório de todos os itens. Exemplo: R\$ 35,00, que corresponde a:

- 10 canetas = R\$ 20,00;
- 10 lápis = R\$ 10,00;
- 10 borrachas = R\$ 5,00;

§ por lote ou grupo – valor total do lote ou grupo discriminado por componentes. Exemplo: R\$ 5.400,00, que corresponde a:

- um sofá de 1 lugar = R\$ 1.600,00;
- um sofá de 2 lugares = R\$ 1.800,00;
- um sofá de 3 lugares = R\$ 2.000,00;

Preço do lote ou grupo - Conjunto de sofás = R\$ 5.400,00 (BRASIL, 2016d, p. 151).

Os preços que são aceitos dentro da licitação passam pelo crivo de vários servidores, “(...) pois cabe ao servidor responsável por garantir a adequação dos preços, contratos e licitação zelar pela economicidade e legalidade dos mesmos”. Eles devem estar atentos aos princípios norteadores, dentre todos os elencados temos o da moralidade que se observado leva ao afastamento de toda e qualquer forma de distorções nos valores reais (LIMA, 2016, p. 25).

O controle de regularidade dos preços das licitações recai sobre a própria Administração Pública. “Cabe aos agentes estatais, de ofício, verificar se as ofertas constantes do registro de preços são satisfatórias, tanto sob o aspecto qualitativo como quanto ao próprio valor”. A verificação é de responsabilidade da Administração Pública, mas tendo em vista a transparência das atividades administrativas, qualquer cidadão pode também manifestar sua discórdia com relação aos preços admitidos pela Administração Pública. O problema que pode ser encontrado pelos agentes é a não uniformização dos valores de um determinado produto, pois estes dependem de diversos fatores, inclusive da época do ano a qual foi feita a consulta (JUSTEN FILHO, 2014, p. 281).

A determinação dos preços de mercado envolve problemas práticos. Não há padronização de preços num mercado competitivo. Cada fornecedor pratica preços diversos. Em muitos casos, os preços reduzidos importam prejuízo ao fornecedor e se referem a quantidades determinadas, constituindo-se em instrumento de atração da clientela. Há casos de liquidações sazonais e assim por diante (JUSTEN FILHO, 2014, p. 283).

Conforme o ambiente negocial o preço de mercado varia, isto decorre do número de ofertantes, qualidade dos produtos ou serviços, números de interessados na aquisição, disponibilidade de matéria prima, transporte, taxa cambial dentre outros. Quando a Administração realiza a licitação ela procura a proposta mais vantajosa, isto é, dentro de todos os participantes habilitados é escolhido aquele que preencher todos os requisitos e que apresentar o melhor valor. Assim é imprescindível que o ambiente seja de mercado concorrencial, onde os preços devem estar isentos de manipulações em relação ao processo licitatório (CAMPITELLI, 2006, p. 25).

4.2. MARGENS DE LUCRO E AS DIVERSAS VARIAÇÕES DE PREÇOS

Como já visto, vários são os fatores que influenciam os preços em especial em relação a contratação com o ente público. O TCU está orientado a verificar as planilhas que contemplem as despesas diretas, isto é, aquelas que envolvam a aplicação dos recursos diretamente ao produto. Ultimamente o tribunal tem ampliado suas exigências englobando todos os custos do particular e não somente aqueles ligados a produção do produto ou sua aquisição (JUSTEN FILHO, 2014, p. 195).

Para que ocorra de maneira correta a licitação deve conter um orçamento detalhado em planilhas, conforme §2º do artigo 40 da lei 8.666/93. Dentre outras determinações, são imprescindíveis as discriminações de todos os custos envolvidos e a estimativa de todos os itens que estão atrelados ao objeto licitado (JUSTEN FILHO, 2014, p. 722).

Para a formação completa do demonstrativo de custos é necessário também os BDI - Benefícios e Despesas Indiretas ou LDI – Lucro e Despesas Indiretas. Estes são a soma dos custos indiretos e do lucro e incide sobre o custo direito total do objeto licitado (CAMPITELI, 2006, p. 19).

A fórmula matemática pode ser expressa da seguinte maneira:

Figura 2 – Fórmula demonstrativo de custos

$$BDI = \left(\frac{VG}{CD} - 1 \right)$$

Onde:

BDI – parcela de bonificação e despesas indiretas

VG – valor global que corresponde à remuneração total

Fonte: (CAMPITELI, 2006, p. 19).

Este demonstrativo mostra todas as despesas que são necessárias para a execução do objeto ou todos os custos implícitos no valor do objeto. “Isso envolve tanto os custos diretamente relacionados com a produção do objeto

como, também, aquelas despesas indiretas e a margem de lucro da parte” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 195).

O custo indireto não é facilmente mensurável especialmente quando se faz a medição dos serviços ou quando incidem percentualmente sobre os itens licitados, temos como exemplo: administração central, impostos (COFINS, ISS, PIS CSLL e IR), contas (energia, telefone, água e etc.), veículos de carga ou de passeio dentre outros que são normalmente considerados por mês (CAMPITELI, 2006, p. 19-20).

Os custos financeiros no Brasil apresentam uma enorme variação e conseqüentemente não são uniformes em todo território nacional. A pesada carga tributária compreende tributos nas três esferas federativas, sendo que algumas apresentam cargas diferentes em cada uma delas. Esta multiplicidade de encargos dificultam a medição correta dos custos finais dos produtos (JUSTEN FILHO, 2014, p. 738).

O autor Marcus Vinícius Campiteli (2006, p. 20) divide em três pontos os custos indiretos. O primeiro são custos indiretos que têm valor percentual fixo e obrigatório e fazem parte da carga tributária que incide sobre o preço final. Um segundo, apresenta variações percentuais que geralmente se limitam a uma faixa restrita, e por fim existe um terceiro que apresenta variações dependendo do tipo de produto e as circunstâncias as quais são realizadas.

O primeiro grupo é formado por tributos, cuja aplicação está fixada em Lei. Aqui tem-se o PIS e COFINS. A incidência dos mesmos se dá pelo Preço de Venda ou Remuneração em conformidade com a seguinte tabela (CAMPITELI, 2006, p. 20):

Figura 3: Itens de valor percentual fixo e obrigatório

Item	Tributos	Percentuais
A	PIS	0,65% de R
B	COFINS	3,00% de R

Fonte: (CAMPITELI, 2006, p. 20)

Como segundo ponto existe o Imposto Sobre Serviços (ISS), por se tratar de um tributo municipal a alíquota não é a mesma para todo o país,

podendo variar de cidade para cidade, existindo inclusive algumas que isentam ou cobram percentuais de 2,0% até 5,0% do valor (CAMPITELI, 2006, p. 20).

No terceiro, e último, existe o custo com a Administração central, que varia dependendo do porte da empresa e de sua estrutura organizacional. Estes custos são variados, dentre os quais elenca-se os seguintes: Riscos e seguros podem variar dependendo dos contratos administrativos firmados; despesas financeiras que é a perda monetária decorrente da defasagem entre a data do efetivo desembolso e a receita correspondente; Imposto de Renda e Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL), tal imposto depende do lucro líquido efetivo da empresa, não sendo possível estabelecer de forma antecipada os valores; por fim existe o Lucro ou Margem de Remuneração, que é destinada a remunerar o custo de oportunidade do capital aplicado, capacidades administrativas, tecnológicas e gerenciais adquiridas ao longo do tempo pela experiência no ramo, tal tema será tratado mais a fundo no próximo ponto (CAMPITELI, 2006, p. 20).

Todos estes pontos são levados em conta quando passam por auditoria, abaixo está um exemplo de jurisprudência do TCU que versa sobre o tema:

(...)se a equipe de auditores verificar que o BDI está, injustificadamente, acima da faixa admissível, deve proceder a uma análise pormenorizada dos itens que o compõem e, nesse caso, a existência de uma tabela de referência é uma diretriz para que possam ser detectadas as incongruências que ocasionaram esse percentual final elevado.

143. Importante destacar, contudo, que não cumpre ao TCU estipular percentuais fixos para cada item que compõe a taxa de BDI, ignorando as peculiaridades da estrutura gerencial de cada empresa que contrata com a Administração Pública. O papel da Corte de Contas é impedir que sejam pagos valores abusivos ou injustificadamente elevados e por isso é importante obter valores de referência, mas pela própria logística das empresas é natural que ocorram certas flutuações de valores nas previsões das despesas indiretas e da margem de lucro a ser obtida.

144. Como essa análise dos itens que compõem o BDI deve ser feita em conjunto, a adoção de um percentual muito acima da faixa de referência para determinado componente não necessariamente constitui irregularidade, pois, em contrapartida, outras despesas indiretas, ou ainda, o lucro podem estar cotados em patamares inferiores ao esperado.

145. Ainda no tocante à adoção de faixas de referência, endosso a opinião do grupo de trabalho no sentido de que “a faixa é a expressão da quantificação dessa variabilidade admitida. Entretanto, não se deve perder de vista que o parâmetro mais importante de todos é o valor médio do BDI. Ele é o parâmetro que deve ser buscado pelo gestor, pois representa a medida estatística mais concreta obtida. A faixa apenas amplia e dá uma dimensão da variação do BDI, mas é a média o valor

que de fato representa o mercado, devendo servir como referência principal a ser buscada nas contratações públicas.”

146. Cumpre destacar (sic) que a literatura especializada e a jurisprudência desta Corte de Contas apontam vários fatores que tendem a influenciar as taxas de BDI, tais como: o porte da empresa, sua natureza específica, sua localização geográfica, seu prazo de execução, a facilidade de encontrar fornecedores no local da obra, os riscos envolvidos nas contratações, a situação econômica e financeira da empresa e do país, dentre diversos outros fatores.

147. Portanto, não é razoável admitir apenas um valor médio de referência para o BDI de cada tipo de obra sem levar em conta uma margem ou faixa que possibilite contemplar todas essas variações que na realidade são observadas na formação do valor do BDI.

148. Dessarte, cada caso concreto deve ser analisado com suas peculiaridades, de tal forma que o estudo desenvolvido nestes autos não se presta a exaurir todos os possíveis questionamentos acerca dos componentes de uma taxa de BDI e dos valores admissíveis para essa taxa.

149. A adequabilidade da taxa de BDI tem sempre que ser analisada, pontualmente, em situação específica, pois há sempre a possibilidade de as tabelas referenciais não traduzirem a justa remuneração para alguns contratos de obras públicas (TCU, AC-2622-37/13-P, PLENÁRIO, Relator Marcos Bemquerer, Data de Publicação: 25/09/2013) (BRASIL, 2016p).

Porém a indevida qualificação de uma despesa direta como sendo indireta não é compatível com a transparência de custos e a remuneração atribuída a particular. Entretanto esta composição defeituosa do BDI não acarretará prejuízo aos cofres públicos caso não houver multiplicações indevidas da remuneração do particular. O problema está quando esta prática leva a composição excessiva da remuneração do particular, e se tornará mais problemática caso ocorra uma alteração contratual tendo como base a elevação do custo indireto (JUSTEN FILHO, 2014, p. 740-741).

4.3. A MORALIDADE DO SOBREPREGO DENTRO DO LUCRO DA EMPRESA LICITADA

Lucro é uma palavra comumente usada para designar “ganho, vantagem ou benefício que se obtém de alguma coisa, ou com uma atividade qualquer”, mas a definição mais justa quando se trata de ambiente econômico é de que lucro é o “benefício livre de despesas que se obtém na exploração de uma atividade econômica”. Este valor já deve estar englobado dentro do valor total a ser pago, especialmente dos objetos licitados (FERREIRA, 2010, p. 402).

Lucro ou margem é uma parcela que incide sobre o custo orçado, destinada a remunerar o custo de oportunidade do capital aplicado, capacidade administrativa, gerencial e tecnológica adquirida ao longo de anos de experiência no ramo, responsabilidade pela administração do contrato e condução da obra por estrutura organizacional da empresa e investimentos na formação profissional do seu pessoal, a capacidade de reinvestir no próprio negócio e o risco do negócio. (CAMPITELI, 2006, p. 22).

Lucro também tem relação com o risco corrido pela empresa e está implícito dentro dos custos, portanto não é um componente a parte. Trata-se de aquilo que o empresário julga ser necessário para fazer funcionar o seu investimento, isto é, valor compatível com o custo de oportunidade ou uma compensação pelo risco de investimento. Resumidamente o lucro faz parte do custo de investimento e é compatível com o grau de risco apresentado em cada tipo de investimento (GARCIA, 2003, p. 143).

O problema moral está quando “atuando em um mercado com maiores riscos (mercado corrupto) deverá ofertar uma remuneração elevada aos agentes públicos para manter o mesmo nível de ganhos”. Neste caso para manter os níveis de ganhos aceitáveis o ente privado deverá aumentar os lucros, tendo em vista o custo da corrupção. (GARCIA, 2003, p. 146).

O autor Ricardo Letícia Garcia (2003, p. 151) propõe uma maneira de acabar com esta forma de corrupção que afeta vários ambientes da Administração e tornar mais moralmente aceitável:

Para alcançar esta redução (da corrupção) a agência pública deverá: elaborar políticas salariais e administrativas que promovam a valorização do agente público com uma conduta adequada (prêmios, gratificações, bonificações, etc.); buscar uma maior fiscalização e monitoramento das atividades burocráticas; estabelecer punições mais severas aos agentes que escolham uma conduta corrupta; construir um sistema de ascensão funcional e profissional dentro da esfera burocrática que privilegie agentes públicos com histórico de boa conduta e de cumprimento das regras e normas estabelecidas.

Lucro superior ao de mercado faz supor corrupção em órgãos governamentais e inclusive entre os licitantes. Vários estudos apontam a abrangência da corrupção dentro das instituições, como explana o autor:

A corrupção sempre foi tratada como um problema decorrente da falha moral por parte de alguns indivíduos que estão em posições de poder político e em cargos burocráticos. Entretanto, mais recentemente,

economistas e cientistas sociais têm atribuído a existência de mercados burocráticos e políticos corruptos a uma série de razões: (i) intervenção estatal excessiva; (ii) má governança das instituições públicas; (iii) excesso de regulamentações e normas; (iv) centralização das decisões burocráticas; (v) isolamento entre níveis hierárquicos; (vi) falta de competição na esfera pública e (vi) (sic) o excesso de poder discricionário de burocratas e políticos (GARCIA, 2003, p. 14).

Sabe-se que a corrupção assola vários ramos do mercado, mas a dinâmica deste importa em variações nos preços dos produtos que muitas vezes não estão ligadas diretamente a corrupção. Estas variações são analisadas pelo TCU há muito tempo e não é enquadrada dentro do ambiente de Superfaturamento. Dois acórdãos já citados no capítulo 2 (acórdão 136/1995 e 678/2008) propiciam uma média próxima de 10% para que o valor superior cobrado pelo ente privado não incorra em Superfaturamento. Abaixo tem-se a aplicação direta do caso apontado em um acórdão do TCU recente.

18.5. Com efeito, o Tribunal, ao avaliar sobrepreço, parte da premissa de que “somente variações anormais em torno do preço de mercado caracterizam superfaturamento” (Acórdão 95/2007-TCU-Plenário).

18.5. Embora seja necessário considerar o caso concreto para se definir o que venha a ser uma variação anormal, o Tribunal tem admitido que diferenças próximas a uma margem de 10% (9,7% no Acórdão 136/1995-TCU-Plenário; 8,9% no Acórdão 678/2008-TCU-Plenário, p. ex.), quando justificadas pelas peculiaridades da contratação, não configuram sobrepreço, e sim flutuações próprias da dinâmica do mercado (TCU, AC-2884-42/14-P, PLENÁRIO, Relator RAIMUNDO CARREIRO, Data de Publicação: 29/10/2014). (BRASIL, 2016q).

Esta variação afeta inclusive o lucro da empresa. As jurisprudências do TCU apontam que a margem de lucro fica entre 3,83% e 15% dependendo de cada contrato e da forma com que este é firmado. Abaixo o relator Min. Raimundo Carreiro explicita bem estas oscilações impostas dentro do ambiente do Tribunal:

103. Além disso, destaca que, em que pese o Acórdão 325/2007-TCU-Plenário estabelecer uma faixa de lucro de 3,83% a 9,96%, o Acórdão 2.369/2011-TCU-Plenário, ao analisar os dados estatísticos relacionados à margem bruta praticada nas obras, indica os percentuais praticados entre 5% e 12%, citando trechos do próprio acórdão que conclui que a faixa indicada configura uma referência, não havendo previsão legal para que essa seja fixada ou limitada. Acrescenta, ainda, casos identificados na literatura técnica que consideram aceitáveis a aplicação de lucro de até 15% (TCU, AC-2603-37/13-P, PLENÁRIO, Relator RAIMUNDO CARREIRO, Data de Publicação: 25/09/2013). (BRASIL, 2016r).

Conforme dito anteriormente, lucro é vital para a boa saúde financeira da empresa. Em época de grandes oscilações financeiras as despesas que foram acordadas dentro do processo licitatório, tornam-se algumas vezes inviáveis quando se tem que executar os itens licitados. Analisada a margem de lucro que é aceita pelo TCU, compreendida entre 3,83% a 15% e as variações financeiras aceitas pelo mesmo Tribunal, que pode chegar ao patamar de 9,7%, pode-se chegar a um valor negativo de lucro, proporcionado pelas oscilações de mercado. A “(...) empresa passaria a trabalhar, praticamente, sem remuneração alguma, nem mesmo o lucro contratualmente previsto” (TCU, AC-2262-36/15-P, PLENÁRIO, Relator BENJAMIN ZYMLER, Data de Publicação: 09/09/2015). (BRASIL, 2016s). Pela volatilidade do mercado o valor pelo qual fora licitado o objeto, quando de sua execução poderá ser muito superior ao orçado, portanto em vários casos faz-se necessário uma margem de lucro superior àquela imposta pelo Tribunal.

Entre a data a qual o valor é orçado e a liquidação pode-se ocorrer várias alterações de mercado que impulsionam o valor real do objeto licitado. Caso a empresa já tenha computado este risco e feito projeções de mercado que demonstram que o valor deve ser superior àquele orçado pela Administração, não se deve falar em Superfaturamento/Sobrepreço, mas sim em alterações naturais decorrentes do mercado.

Retornando aos princípios básicos, a “(...) licitação deve ser norteadada pela honestidade e seriedade”. Tanto a conduta do agente público como a dos próprios licitantes deve se guiar por estes princípios condutores. “A moralidade compreende também boa-fé” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 502). O licitante que de boa-fé tiver elevado o valor do produto para compensar as perdas decorrentes das oscilações econômicas não o fazem em detrimento da moral, mas sim como maneira de retribuição financeira aos riscos que o mercado proporciona. (GARCIA, 2003, p. 143).

5 CONCLUSÃO

A turbulência a qual passa o nosso país, faz com que o tema de corrupção e valores superiores ao praticados pelo mercado em matéria de Sobrepreço ou Superfaturamento esteja amplamente em voga. O presente trabalho procurou analisar os valores que são superiores ao mercado privado e prestou a estabelecer uma linha moralizadora entre o valor superior e os princípios que regem as licitações.

Primeiramente procurou-se estudar o processo licitatório em si, seus princípios, modalidades e o procedimento licitatório. Procurou-se dar ênfase aos princípios, pois eles seriam a espinha dorsal que delinearía o corpo do trabalho. A grande distinção entre o que é realmente moral e aquilo que extrapola os limites da boa Administração Pública.

Em um segundo momento foi visto o preço que é o que faz todo o sistema de licitações funcionar. Foi demonstrado toda sua composição e as variações que este sofre com o decorrer do tempo e sua composição, vários são os fatores que influenciam no acréscimo ou diminuição do mesmo. A estruturação do preço deve levar em conta não somente os valores que estão diretamente relacionados, mas deve-se ter em mente aqueles que de forma indireta afetam e influenciam a composição do mesmo.

Sobrepreço e Superfaturamento é um tema muito controverso dentro da jurisprudência dos tribunais superiores. Ainda que os mesmos apresentem claramente, em algumas decisões, as distinções entre ambos os conceitos, comumente não se usa tal diferenciação. Procurou-se então em ambiente financeiro os limites de cada um e apontou-se suas distinções e as variações apresentadas nos diversos ambientes onde são aplicados.

Finalmente chegou-se ao cerne do trabalho que é o gasto da Administração Pública em valores superiores ao do mercado privado e sua justificação perante ao lucro da empresa e o princípio da moralidade. Começou-se apresentando o processo pelo qual é investigado os preços e demonstrando todas as variações que ocorrem dentro da composição de preços.

Na segunda parte foi verificada as despesas direitas e indiretas, inclusive com o controle proporcionado pelo ente público. Terminando o capítulo

foi analisado o Sobrepreço tendo em vista a moralidade do lucro dentro de um mercado que não apresenta uma homogeneidade de preços. O próprio TCU aponta uma porcentagem sobre os valores do mercado privado que poderá ser aceita e que não incorrerá em Sobrepreço ou Superfaturamento.

REFERÊNCIAS

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. Curitiba, Juruá, 2004.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2016a.

_____. **Lei Nº 8.666, De 21 De Junho De 1993**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 15 out. 2016b.

_____. Tribunal de Contas da União, **Fase externa: Licitações e contratos: orientações básicas**. 3ª edição revisada atualizada e ampliada. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. Disponível em: http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/16%20Fase%20Externa.pdf. Acesso em 11 de julho de 2016c

_____. Tribunal de Contas da União, **Fase interna: Licitações e contratos: orientações básicas**. 3ª edição revisada atualizada e ampliada. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. Disponível em: http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/15%20Fase%20Interna.pdf. Acesso em: 11 jul. 2016d

_____. Tribunal de Contas da União, **Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 51**, Brasília, 2011. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D309895014D33C228A74779&inline=1>. Acesso em: 27 jul. 2016e

_____. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, **Questões práticas da licitação ao recebimento**. Escola de Gestão Pública Municipal. Módulo II Chapecó, março, 2012. Disponível em: http://eventos.fecam.org.br/arquivosbd/paginas/1/0.221697001331842701_modulo_i.pdf. Acesso em: 19 set. 2016f.

_____. Governo Do Estado De Minas Gerais. Secretaria De Estado De Planejamento E Gestão. **Minuta De Termo De Referência De Edital De Licitação**. Belo Horizonte. 2012. Disponível Em: http://compras.mg.gov.br/images/stories/ges/fretamento_eventual_para_tranporte_de_pessoas/17-09-2012-minuta-tr-edital-fretamento-11-09-12.pdf. Acesso em: 22 set. 2016g.

_____. Tribunal de Contas da União, **Jurisprudência TCU**, AC-2432-42/09-P, relator Min. VALMIR CAMPELO, Julgado em: 14/10/2009, Brasília. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvIHighLight>. Acesso em: 22 set. 2016h.

_____. Tribunal de Contas da União, **Jurisprudência TCU**, AC-0136-47/95-P, PLENÁRIO, Relator Min. Adhemar Paladini Ghisi. Julgado em: 18/10/1995. Brasília. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CAcord%5C19960610%5CGERADO_TC-7085.pdf. Acesso em: 22 set. 2016i.

_____. Comarca de Capão da Canoa, **Jurisprudência Rio Grande do Sul**, 141/1.07.0012302-4, 1ª VARA CÍVEL, Relator MARIA CRISTINA RECH, Julgado em: 05/07/2011, Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/?q=141%2F1.07.0012302-4&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&en tsp=a_res_juris. Acesso em: 22 set. 2016j.

_____. **Lei Nº 4.320, de 17 de março de 1964**, Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm. Acesso em: 12 de out. 2016k.

_____. Tribunal de Contas da União, **Boletim Do Tribunal De Contas Da União**. Portaria-segecx nº 33, de 7 de dezembro de 2012. Vol. 1. N. 1. Brasília: 2012, disponível em: <http://licitacoes.ufsc.br/files/2014/10/Roteiro-de-Auditoria-em-Obras-P%C3%BABlicas.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2016l.

_____. Tribunal de Contas da União, **Jurisprudência TCU**, AC-0678-12/08-P, PLENÁRIO, Relator Min. Marcos Bemquerer, Julgado em: 16/04/2008, Brasília. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CAcord%5C20080422%5CTC-003-972-2005-3.doc>. Acesso em: 22 set. 2016m.

_____. Tribunal de Contas da União, **Jurisprudência TCU**, AC-0310-10/06-P, PLENÁRIO, Relator UBIRATAN AGUIAR, Julgado em: 15/03/2006, Brasília. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CAcord%5C20060321%5CTC-018-112-2004-0.doc>. Acesso em: 22 set. 2016n.

_____. Tribunal de Contas da União, **Jurisprudência TCU**, AC-299-4/11-P, PLENÁRIO, Relator José Múrcio Monteiro, Julgado em: 09/02/2011, Brasília. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=54585>. Acesso em: 22 set. 2016o.

_____. Tribunal de Contas da União, **Jurisprudência TCU**, AC-2622-37/13-P, PLENÁRIO, Relator Min. Marcos Bemquerer, Julgado em: 25/09/2013, Brasília. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=483578>. Acesso em: 22 set. 2016p.

_____. Tribunal de Contas da União, **Jurisprudência TCU**, AC-2884-42/14-P, PLENÁRIO, Relator Min. Raimundo Carreiro, Julgado em: 29/10/2014, Brasília. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=494672>>. Acesso em: 22 set. 2016q.

_____. Tribunal de Contas da União, **Jurisprudência TCU**, AC-2603-37/13-P, PLENÁRIO, Relator Min. Raimundo Carreiro, Julgado em: 25/09/2013, Brasília. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=485273>>. Acesso em: 22 set. 2016r.

_____. Tribunal de Contas da União, **Jurisprudência TCU**, AC-2262-36/15-P, PLENÁRIO, Relator Min. BENJAMIN ZYMLER, Julgado em: 09/09/2015, Brasília. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=532967>>. Acesso em: 22 set. 2016s.

CAMPITELI, Marcus Vinícius. **Medidas para evitar o Superfaturamento decorrente dos “Jogos de Planilha” em obras Públicas**. Dissertação de Mestrado em Estruturas e Construção civil (2006), departamento de Engenharia Civil e ambiental da Universidade de Brasília. Brasília. 2006. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0ADEAB4719E6>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

CARVALHO, Luiz Freire; PINI, Mário Sérgio. **Identificação de sobrepreço e superfaturamento; Conheça uma nova abordagem da Metodologia da Formação do Preço, pautada numa escala de valores de mercado**. Edição 100, São Paulo, Novembro, 2009. Disponível em: <<http://construcomercado.pini.com.br/negocios-incorporacao-construcao/100/identificacao-de-sobrepreco-e-superfaturamento-283754-1.aspx>>. Acesso em: 09 set. 2016

DANTAS, Rubens Alves. **Engenharia de avaliações**. São Paulo, Ed. Pini, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ESCOBAR, João Carlos Mariense, O sistema de registro de preços nas compras públicas, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba, Positivo, 2010.

GARCIA, Ricardo Letizia. **A economia da corrupção – teorias e evidências – uma aplicação ao setor de obras rodoviárias no Rio Grande do Sul**. 2003. Tese (doutorado em economia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/5271>. Acesso em: 14 out. 2016.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: lei 8.666/1993**. 16. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Curso de direito administrativo**. 7. ed., rev. atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

LIMA, Victor Godeiro de Medeiros. **Sobrepreço e superfaturamento de obras públicas e Indicadores educacionais: uma análise de suas relações nos Estados Brasileiros**, Natal, 2016. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20903/1/2016_VictorGodeirodeMedeirosLima.pdf. Acesso em: 12 set. 2016.

MATTOS, Aldo Dórea. **Como preparar orçamentos de obras: dicas para orçamentistas, estudos de caso, exemplos**. 2ª ed. São Paulo: Pini, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed., rev. atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho**. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Licitação e contrato administrativo: de acordo com as Leis 8.666, de 21.6.1993, com as alterações introduzidas pelas Leis 8.883, de 8.6.1994, 9.032, de 28.4.1995, de 27.5.1998 e 11.196, de 21.11.2005**. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

ROCHA, Marcio Soares; NOBRE, Ernesto Ferreira; CORREIA, José Alysson Benício. **Superfaturamento de obras públicas**. In VI Simpósio Nacional de Auditoria de Obras Públicas, Florianópolis-SC, 2001, Anais, Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, 2002. Disponível em: <http://ibraeng.org/public/uploads/publicacoes/HMdEijGGiqhmlpublica.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 18 ed. São Paulo, Ed. Atlas, 2000.

TANZI, Vito; DAVOODI, Hamid. **Corruption, Public Investment, and Growth.** International Monetary Fund, working paper, 1997. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/wp97139.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016.

TARSITANO, Fernanda Anselmo. **Estratégias de Captura de Renda por Sobrepreço e medidas corretivas na consolidação do assunto pelo Tribunal de Contas da União Brasileiro.** (Dissertação em contabilidade) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/96/96133/tde-26102012-103957/pt-br.php>. Acesso em: 15 ago. 2016.