

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A EXIGIBILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DA REGULARIDADE
FISCAL NA FASE DA HABILITAÇÃO DO PROCEDIMENTO
LICITATÓRIO**

Rafael de Castro Guedes

Presidente Prudente/SP
2007

**FACULDADES INTEGRADAS
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A EXIGIBILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DA REGULARIDADE
FISCAL NA FASE DA HABILITAÇÃO DO PROCEDIMENTO
LICITATÓRIO**

Rafael de Castro Guedes

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof. Gabriel Lino de Paula Pires.

Presidente Prudente/SP
2007

A EXIGIBILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL NA FASE DA HABILITAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em Direito

Gabriel Lino de Paula Pires
Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente/SP, ____ de novembro de 2007.

A maneira de fazer é sendo, uma longa jornada começa com um único passo, aquele que souber adaptar-se será preservado até o fim, o rio atinge seus objetivos porque aprendeu a contornar obstáculos.

Lao Tsé.

Dedico o presente trabalho a todos aqueles que ao meu lado sofreram, lutaram e venceram.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo sopro da vida, pela força, sabedoria, coragem e determinação para superar os desafios que foram se transpondo, um a um, sempre com o objetivo principal: o aprendizado.

À minha família, seio no qual nasci, cresci, e aprendi a viver. Agradeço especialmente aos meus pais Antônio e Marta pelos atos de amor, carinho, afeto, pelo apoio incansável em prover a boa educação e pela oportunidade de concluir mais uma etapa de suma importância na minha vida.

Ao Professor Gabriel Lino de Paula Pires, que brindou o presente trabalho ao aceitar o encargo de orientá-lo, o que desempenhou com maestria e distinta luminosidade dos ensinamentos de um grande Mestre.

Aos companheiros, colegas e amigos com quem tive a oportunidade de aprender e trabalhar, pelas experiências de vida, de ética moral e profissional.

Ao Professor Sérgio Tibiriçá Amaral por todas as lições praticadas e, em especial, por aceitar prontamente o convite em compor a banca examinadora.

Igualmente, ao Dr. Anderson Araújo Pelágio pela presteza com que se pôs diante do convite para participar da banca examinadora desta pesquisa.

A todos os amigos pelo apoio incondicional sem o qual esta etapa não poderia ser concluída.

RESUMO

Neste trabalho, o autor pretende destacar a importância que tem a exigência da demonstração da regularidade fiscal dos licitantes, que se dá na fase da habilitação, para que a licitação atinja sua função principal que é a escolha do concorrente mais apto a contratar com a Administração Pública e a proposta mais vantajosa para o erário. Tudo isso em função da satisfação dos anseios dos interesses públicos. No entanto, pretende-se também demonstrar que esta exigência não sirva de meio de cobrança de tributos devidos à Administração Pública, pois existem os meios legais para se obter estas cobranças de acordo com os princípios constitucionais do devido processo legal e inafastabilidade do Poder Judiciário, além de esta prática não se enquadrar às normas e princípios que formam o Regime Jurídico-Administrativo e que vinculam todos os atos praticados pela Administração. Por isso, não se deve exigir a quitação dos débitos fiscais para que fique demonstrada a regularidade fiscal do licitante. Não obstante, a exigência da regularidade fiscal não poder servir de meio de cobrança de tributos, não se deve permitir que sonegadores e pessoas que não pagam tributos contratem com a Administração, por ferir princípios como o da livre concorrência e da isonomia entre os licitantes. Assim os licitantes que se opõem ao pagamento de débitos fiscais, devem estar discutindo seu pagamento na via processual administrativa ou na judicial para que demonstrem a regularidade fiscal e conseqüentemente estarem habilitados a continuarem no certame da licitação. para que os licitantes sejam considerados habilitados a seguir no certame da licitação.

Palavras-chave: Regime jurídico. Interesse público. Licitação. Habilitação. Regularidade fiscal.

ABSTRACT

In this work, the author intends to detach the importance that has the requirement of the demonstration of the fiscal regularity of the bidders, that if gives in the phase of the qualification, so that the licitation reaches its main function that is the choice of the competitor most apt to contract with the Public Administration and the proposal most advantageous for the state treasury public. Everything this in function of the satisfaction of the yearnings of the public interests. However, he also intends yourself to demonstrate that this requirement does not serve of way of collection of tributes due to the Public Administration, therefore exist the legal steps to get these collections in accordance with the principles constitutional of due process of law and gat far from the Judiciary Power, beyond this acts not to be fit the norms and principles that form the Legal-Administrative Regimen and that they tie to all the acts practised for the Administration. Therefore, if he does not have to demand the repayment of the one of the tax debits so that she is demonstrated the fiscal regularity of the bidder. Not obstante, the requirement of the fiscal regularity not to be able to serve of way of collection of tributes, if does not have to allow that tax evaders and people who do not pay tributes contract with the Administration, for wounding principles as of the free competition and the isonomy between the bidders. Thus the bidders who if oppose to the payment of tax debits, must be arguing its payment in administrative the procedural way or the judicial one so that they demonstrate the fiscal regularity and so to be qualified to continue in the competition of the licitation so that the bidders are considered qualified to follow in the competition of the licitation. .

Word-key: Legal regimen. Public Interest. Licitation. Qualification. Fiscal Regularity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DO SISTEMA JURÍDICO ADMINISTRATIVO	10
2.1 Do Regime Jurídico Administrativo	10
2.2 Do Conceito de Interesse Público	12
2.2.1 Interesses primários e secundários do Estado.....	14
2.3 Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado	16
2.4 Princípio da Indisponibilidade Pela Administração dos Interesses Públicos.....	21
3 DA LICITAÇÃO	24
3.1 Princípios da Licitação.....	28
3.1.1 Princípio da igualdade	28
3.1.2 Princípio da impessoalidade.....	30
3.1.3 Princípio da moralidade e da probidade	30
3.1.4 Princípio da publicidade.....	31
3.1.5 Princípio da vinculação ao edital	32
3.2 Da Habilitação	33
3.2.1 Da habilitação jurídica	34
3.2.2 Da habilitação técnica	35
3.2.3 Da habilitação economico-finaceira.....	35
3.2.4 Da regularidade trabalhista	36
3.2.5 Da regularidade fiscal.....	36
4 CONCLUSÃO	43
BIBLIOGRAFIA	45

1 INTRODUÇÃO

O Estado por meio da Administração Pública é a pessoa de direito com competência atribuída pela Constituição Federal de zelar e garantir a satisfação do interesse público.

Para isso todos os atos praticados pela Administração Pública devem estar vinculados as normas e princípios do Direito Administrativo, que formam o Regime Jurídico-Administrativo.

A licitação é o meio pelo qual as pessoas governamentais atendem o interesse coletivo nos contratos celebrados por elas com particulares, visando à escolha do concorrente mais qualificado e que apresente a proposta mais interessante aos cofres públicos.

Portanto, a licitação obedece a atos e fases previamente ordenados para se atingir um fim específico que é o julgamento da proposta do concorrente mais apto a celebrar um contrato que satisfaça o interesse geral.

Então, dentro do procedimento licitatório deve haver uma fase que destaca os concorrentes aptos a firmarem o contrato ideal dos não aptos e esta fase é a habilitação, onde os licitantes devem apresentar a Administração provas que demonstrem estarem aptos a contratarem com ela.

Dentre os documentos e provas que devem ser apresentados estão os que comprovam a regularidade fiscal dos licitantes, previstos nos incisos do artigo 29 da Lei 8.666/93.

Ocorre que, com o advento da Carta Magna de 1988 muito se tem debatido no mundo jurídico sobre a constitucionalidade da exigência da comprovação da regularidade fiscal dos licitantes, além de haver também, certa discussão se a dita comprovação depende da necessária quitação dos tributos ou não.

Assim, o presente trabalho irá analisar a legalidade deste requisito sob o ponto de vista Constitucional e do Direito Administrativo, para se concluir se tal exigência se enquadra ou não a finalidade do Regime Jurídico Administrativo que é o atendimento dos anseios do interesse público.

2 DO SISTEMA JURÍDICO ADMINISTRATIVO

2.1 Do Regime Jurídico Administrativo

O Direito Administrativo é uma disciplina jurídica autônoma, pois é formado por um conjunto sistematizado de princípios e regras que lhe dão personalidade própria, diante das demais ramificações do Direito.

Desenvolve-se, portanto, o Direito Administrativo por princípios que guardam uma relação lógica de conexão e unidade, sendo que desta integração forma-se um sistema ou regime, chamado neste caso de Regime Jurídico Administrativo.

Deste modo, o Regime Jurídico Administrativos é formado por princípios básicos que dão norte às condutas praticadas pela Administração Pública, assim como se podem extrair destes princípios básicos, subprincípios que junto àqueles que se derivaram, compõe-se um conjunto de regras chamado de Sistema Jurídico Administrativo.

Pode-se dizer que, de maneira geral, o Direito Administrativo encontra-se totalmente afeto ao Direito Público, portanto a principal função do Direito Administrativo deve ser a preservação e o desenvolvimento dos interesses da sociedade como um todo, e não aos particulares considerados na sua individualidade.

Assim, para atender sua função básica, o Direito Administrativo foi construído sobre a base de dois princípios, quais sejam: supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

Corroborando com esta tese, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 54): “todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói

sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração”.

Porém, não importa considerarmos estes princípios por si mesmos, mas sim analisarmos estes em sua forma jurídica, para que se possa compreender a real forma assumida por estes princípios dentro do sistema.

Neste sentido, considerando e confrontando estes princípios sobre o aspecto do Sistema Jurídico Administrativo, pode-se avaliar como disse Fernando Garrido Falla (1970) que o Direito Administrativo se ergue sobre binômio “prerrogativas da Administração – direito dos administrados”, também chamado por outros autores de “prerrogativas e sujeições”.

Observa-se, portanto, que o conjunto de princípios e normas que formam o Regime Jurídico Administrativo, deve oferecer à Administração prerrogativas que possam tornar viável a principal atividade à que ela se destina, qual seja zelar pelo interesse público.

Para isso, a Administração foi dotada de uma qualidade chamada de autoridade, que é a exteriorização das prerrogativas e privilégios que nenhum particular ostenta, pois só ela possui, tais como a auto-executoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos.

José Cretela Junior (1986) apud Maria Silvia Zanella Di Pietro (2002, p. 65) assim ensina:

As prerrogativas públicas são as regalias usufruídas pela Administração, na relação jurídico-administrativa, derogando o direito comum diante do administrador, ou, em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decide a agir contra o particular.

No entanto, em consonância com as prerrogativas e privilégios utilizados pela Administração para defender o interesse público, existe o

interesse do particular e por isso estas regalias não são absolutas, pois estão sujeitas a certas restrições, como por exemplo, a sujeição da Administração ao princípio da legalidade estrita, que é um dos fundamentos da proteção aos direitos individuais, uma das bases do Estado de Direito.

E é na medida em que estas restrições são aplicadas a cada sistema jurídico positivo, que irá distinguir um Estado mais autoritário de um mais coerente aos valores democráticos.

Por isso, urge a necessidade de aprofundarmos nosso estudo nos princípios supracitados para que se possa situá-los ao procedimento licitatório e a exigência da demonstração da regularidade fiscal para que haja a habilitação dos licitantes, no entanto devemos liminarmente meditar sobre o que deve ser entendido por interesse público.

2.2 Do Conceito de Interesse Público

A licitação como os demais atos praticados pela Administração deve atender o interesse público, e por isso deve-se discorrer a respeito de seu conceito.

O dicionário Aurélio (2000 p 396) conceitua a palavra interesse como: “sentimento que nos leva a procurar o que é necessário, útil ou agradável; aquilo que é útil, que convém, que importa”, e a palavra público como “relativo ao povo; que é de todos, comum; que serve para todos; notório; sabido”.

Assim, pode-se ter a noção de que interesse público seria o sentimento comum a todos, que todos procuram, agradável e útil à coletividade, porém dizer apenas isto não é necessário para a real compreensão do que é o interesse público, pois este comumente é interpretado como aquilo que se contrapõe ao interesse individual, não sendo possível a adição destes para a caracterização daqueles.

Este antagonismo, no entanto, criado entre o interesse público e o individual, gera a falsa conjectura de que o interesse público deve ser considerado autônomo, independente, livre e desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõe a coletividade.

Entretanto, o interesse coletivo é indissociável do individual, uma vez que, aquele se caracteriza pela soma dos interesses individuais comuns a vários sujeitos, embora existam casos em que o interesse coletivo contrarie os interesses individuais, como é o caso por exemplo da expropriação.

Mas, insta consignar que, mesmo nos casos em que existe esta contraposição de interesses, esta se dá em parte, pois em outros aspectos o interesse individual contraposto irá se conformar com o interesse comum, como no exemplo da desapropriação, mesmo tendo o indivíduo que sofrerá esta medida legítimo interesse de que ela não ocorra, há uma parcela de seu interesse individual que somado à de todos, tem também o legítimo interesse em ver ali a construção de uma avenida ou um aeroporto.

Deste modo, é clara e perceptível a relação íntima e indissolúvel entre os interesses públicos e os individuais, uma vez que aquele nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja dos interesses de cada indivíduo enquanto participante da sociedade, não devendo, portanto, jamais o interesse público se confrontar com uma grande parcela dos interesses individuais dos cidadãos, pois isso geraria o desconforto social e arbitrariedades por parte da Administração.

Nesta baila, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 58), conceitua interesse público como: "o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros das Sociedade e pelo simples fato de o serem".

Então, verdadeira é a afirmação de que o interesse do Estado e da Administração Pública é sempre o interesse público, mas não se pode cair na armadilha de supor que o interesse coletivo pertence àqueles, e que todo e qualquer interesse do Estado, Administração e dos agentes públicos seria *ipso facto* um interesse público, pois estes são apenas depositários de um interesse, que como fora anteriormente afirmado é o resultante do conjunto dos

interesses que os indivíduos pessoalmente têm enquanto considerados em sua qualidade de membros da sociedade.

De tal modo, não se pode admitir que se impregne no Estado e na Administração Pública, interesses que não se moldurem com os interesses públicos, tendo muita importância este tema em nosso estudo, pois os atos praticados pela Administração Pública no procedimento licitatório que não se coadunem com o interesse coletivo são considerados inválidos.

Estes atos podem partir tanto dos interesses pessoais do administrador, o que caracterizaria um ilícito penal, quanto podem partir do interesse político do administrador ou da Administração Pública, subterfúgio muitas vezes utilizados pela Administração Pública para aplicar sanções de caráter meramente político aos administrados, apenas dizendo se tratar do interesse coletivo.

No entanto, o interesse político jamais pode ser confundido com o interesse público, pois o interesse político representa um valor muito menor do que o próprio interesse individual, à luz do que reza a Constituição Federal de 1988 em seu Capítulo destinado aos direitos e garantias individuais.

Assim, exigir a quitação de tributos para que o particular contrate com a Administração atende ao interesse político de arrecadar, mas não atende ao interesse público.

Por isso, insta abrir espaço para se tecer alguns comentários acerca dos interesses primários e secundários da Administração Pública.

2.2.1 Interesses primários e secundários do Estado

Como explanamos anteriormente, muitas vezes o interesse público é encarado erroneamente como um interesse exclusivo do Estado, no entanto, este equívoco pode se tornar muito grave, pois o interesse público pode se tornar algo singelo e comum, ao ser confundido com todos e quaisquer interesses das entidades e dos agentes que representam e defendem os

interesses públicos através do Estado e da Administração pública direta e indireta.

Assim sendo, é claro e evidente que não existe uma justaposição necessária entre interesse público e interesse do Estado e da Administração Pública direta e indireta, uma vez que observando os motivos supra assinalados, o interesse do estado é infectado por um caráter subjetivo, tal qual, os demais particulares, por se tratar de uma pessoa jurídica que participa e convive na sociedades e no mundo jurídico em concorrência com as demais pessoas de direito.

Deste modo, o Estado enquanto considerado um ente integrante da sociedade possui interesses que lhe são particulares, individuais, semelhantes aos interesse individuais, não sendo portanto, interesses públicos, mas sim interesses individuais do Estados, também chamados de interesses primários do Estado.

Então, entende-se por interesse secundário do Estado aquele onde Administração Pública defende seus interesses particulares, enquanto pessoa jurídica de Direito Público que é, assemelhando-se aos interesses individuais dos demais integrantes da sociedade.

Mas, deve-se ressaltar que o interesse do Estado em muito se assemelha com os interesses individuais dos cidadãos, mas eles não são iguais, já que, os particulares toda vez que tem seus interesses ameaçados podem empregar todos os meios legais para defendê-los, mas o Estado como foi constituído para realização e conservação do interesse coletivo, só poderá defender seus interesses primários quando além deles não se confrontarem com os interesse públicos, coincidirem para a realização destes.

Portanto, percebe-se os interesses primários do Estado quando o interesse particular deste se coadune perfeitamente com efetivação do interesse coletivo, ou seja, o interesse primário do Estado é o interesse público propriamente dito, uma vez que como fora acima delineado o Estado só pode ter como norte a consumação do interesse público, sendo que apenas sob esta hipótese o estado poderá valer-se de meios para defender-se.

Ocorre que, a linha que separa o interesse primário do Estado do secundário é muito tênue, e muitas vezes, infelizmente, principalmente em nosso país, a Administração Pública e os Agentes Públicos, aproveitando-se da confusão que se faz entre estes dois tipos de interesse do Estado, sob o pretexto de estar realizando o interesse primário estatal, utilizam-se de suas prerrogativas e adota meios coercitivos e nada democráticos para defender apenas os interesses primários do Estado (demasiadas vezes até os interesses pessoais dos agentes públicos), não respeitando e obstruindo diversos direitos e garantias fundamentais cravados como cláusulas pétreas em na Carta Magna brasileira, tais como, o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, inafastabilidade do Poder Judiciário e o livre exercício das atividades econômicas,

Exemplificando dentro da licitação casos onde a Administração Pública age totalmente divorciada do Direito e do interesse público podemos citar os seguintes exemplos: a desclassificação de um licitante por motivos meramente pessoais do administrador ou a exigência de quitação de tributos para que fique caracterizada a regularidade fiscal dos licitantes.

Assim, a licitação como é um procedimento exclusivo do Estado, onde este pode exercer suas prerrogativas livremente, não pode utilizada como forma de satisfação do interesse secundário do Estado, mas apenas o primário.

Visto o que é interesse público, podemos avançar nosso estudo para delinear a primeira grande base do Regime Jurídico-Administrativo, qual seja, a supremacia do interesse público sobre o privado.

2.3 Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado

Este é um princípio muito observado na licitação, uma vez que esta é um instrumento de satisfação do interesse público e por isso jamais em seu procedimento o interesse individual poderá se sobrepor ao público como veremos.

No estudo moderno do Direito Público este princípio é reconhecido como uma das bases para o Regime Jurídico-Administrativo, ao apregoar a superioridade dos interesse público quando confrontado com o interesse individual, isso quer dizer que sempre que confrontados estes dois interesses, o coletivo irá prevalecer sobre o individual.

Desta forma, é cabível a afirmação de que a sobrevivência do interesse coletivo depende diretamente do cumprimento do principio aqui analisado, tanto é que, ele também é chamado de principio da finalidade pública.

Esclarecendo melhor o assunto Marcio Fernando Elias Rosa (2007, p. 17):

No confronto entre interesse do particular e o interesse público, prevalecerá o segundo. Tal não significa o esquecimento do interesse e direito do particular, mas garante a prevalência do interesse público, no qual se concentra o interesse da coletividade, como ocorre nas hipóteses em que a Administração reconhece de utilidade publica um bem imóvel e declara a sua expropriação. O direito de propriedade deferido constitucionalmente ao particular cede lugar ao interesse da coletividade.

É um principio que vincula tanto o Legislador na elaboração das leis de Direito Público, como o Administrador no momento da execução destas leis.

O administrativista Celso Antonio Bandeira de Mello divide este principio em duas conseqüências ou princípios subordinados, quais sejam:

- a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares;
- b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações.

Quanto ao primeiro princípio subordinado (item a), a posição de privilegio traduz-se nos benefícios que o universo jurídico confere ao interesse coletivo, dando aos órgãos responsáveis por velar por este interesse instrumentos que garantam certas facilidades, para que o desempenho de suas funções se de forma ágil e protegida.

Esta conseqüência ou principio subordinado ao princípio ora analisado, é a perfeita tradução das prerrogativas atribuídas pelo Regime Jurídico-Administrativo à Administração, só por meio destas prerrogativas os órgãos responsáveis por tutelar o interesse coletivo poderiam desenvolver sua missão completamente.

Estas prerrogativas são facilmente percebidas no mundo jurídico dando como alguns exemplos: a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos; o benefício de prazos maiores para intervenção ao longo de processo judicial; a transferência do ônus da prova ao autor da ação quando a demandada é a Administração Pública; prazos especiais para a prescrição quando o credo é a Administração.

Já quanto ao segundo princípio subordinado ou conseqüência do principio da supremacia do interesse coletivo sobre o particular, diz respeito exatamente a posição de supremacia em que se encontra a Administração nas relações com os particulares.

Denota-se assim, que o Poder Público nunca esta em pé de igualdade aos particulares, ela sempre irá se sobrepuser aos administrados, pois por conta desta conseqüência do principio analisado, a Administração Pública se encontra em situação de autoridade, de comando em relação aos particulares, indispensável condição, para que ela possa gerir os interesses públicos.

Por conta de sua desigualdade, a Administração possui o “poder” de obrigar unilateralmente os administrados a praticar ou não praticar certas ações, quando em favor da ordem pública, ou até modificar, também unilateralmente, relações jurídicas já estabelecidas.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 67), tece pertinentes comentários sobre o aludido tema que merecem ser transcritos:

A manifestação da vontade do Estado, internamente, se faz, de regra, de forma unilateral, tendo em vista o interesse estatal, como expressão do interesse do todo social, em contraposição a outra pessoa por ela atingida ou com ela relacionada. E, mesmo quando as situações jurídicas se formam acaso por acordo entre partes de posição hierárquica diferente, isto , entre o Estado e outras entidades

administrativas menores e os particulares, o regime jurídico a que se sujeitam é de carácter estatutário. Portanto, a autonomia da vontade só existe na formação do ato jurídico. Porém, os direitos e deveres relativos à situação jurídica dela resultante, a sua natureza e extensão são regulamentados por ato unilateral do Estado, jamais por disposições cridas pelas partes. Ocorrem, através de processos técnicos de imposição autoritária da sua vontade, nos quais se estabelecem as normas adequadas e se conferem os poderes próprios para atingir o fim estatal que é a realização do bem comum. É a ordem natural do direito interno, nas relações a outras entidades menores ou com particulares.

Deste modo, conjugando estes dois princípios subordinados ao princípio maior que intitula este tópico, quais sejam, posição privilegiada da Administração Pública (item a), e sua posição de supremacia em relação aos administrados (item b), resulta outros dois princípios inerentes ao Regime Jurídico-Administrativo, que são as máximas da auto-executoriedade e da autotutela.

O princípio da auto-executoriedade consiste basicamente na prerrogativa que possui a Administração de exigir a efetivação dos atos administrativos, podendo se valer muitas vezes de coerção física ou material para ver realizada seus atos.

Já o princípio da autotutela, revela-se pela possibilidade, nos limites da lei, da Administração revogar os próprios atos através de manifestação unilateral de vontade, bem como a decretação de nulidade deles, quando viciados.

No entanto, insta salientar que a Administração Pública exerce tais prerrogativas amparada pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pois, se não fosse assim, seria inviável e impossível o exercício atribuído constitucionalmente à Administração de zelar pelo interesse público, assim, tais prerrogativas são instrumentais, dado o carácter funcional da Administração Pública.

Mas, deve-se observar que estas prerrogativas não devem ser encaradas como absolutas, podendo ser exercidas livremente pelo Poder Público, uma vez que são instrumentos conferidos pela lei à Administração Pública para realizar o interesse público, então só devem ser utilizados quando

presente o interesse coletivo, ou seja quando presente o interesse primário do Estado.

Neste ínterim, como a lei confere à Administração amplos poderes que são conteúdo da autotutela e da auto-executoriedade, como por exemplo: desapropriar, requisitar, intervir, policiar, de punir, é porque tem como finalidade atender o interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. Conseqüentemente, a Autoridade Administrativa não pode se utilizar destes poderes quando imbuído apenas o interesse secundário do Estado ou interesse pessoal do Administrador, pois estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o coletivo, desviando-se assim da finalidade pública da Administração prevista na lei, perfazendo, desta forma, o desvio de poder ou desvio de finalidade, que torna o ato ilegal.

Com efeito, as prerrogativas da Administração deve ter sempre como norte seu assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse geral e não do órgão ou da pessoa detentora do poder, assim, as prerrogativas da Administração não devem ser encaradas como “poderes” ou como “poderes-deveres”, e sim como bem denomina o Professor Celso Antonio Bandeira de Mello (2006) como “deveres-poderes”, devendo portanto, estar primeiro presente o dever de atingir o interesse público para surgir o poder da Administração.

Aqui se verifica cristalinamente, a distinção já realizada neste estudo entre o interesse primário e secundário do Estado, sendo oportuno se fazer a seguinte afirmação: os poderes decorrentes das prerrogativas da Administração devem ser sempre utilizadas quando presentes o interesse primário do Estado, que é o interesse da coletividade como um todo, já quando a Administração estiver agindo amparada apenas por seu interesse secundário, que é o interesse individual da Administração, enquanto considerada um sujeito de direito, nunca poderá ser utilizadas estas prerrogativas, pois não estaria sendo atendido o interesse público, o interesse primário, que é o interesse amparado por lei.

Muito importante é a delimitação feita acima para o nosso estudo, uma vez que se objetiva demonstrar a legalidade da exigência de comprovação

de regularidade fiscal para a habilitação dos concorrentes na licitação, mas isso não pode servir de um meio de cobrança de tributos pela Administração.

Tão necessário quanto o princípio aqui analisado é o princípio da indisponibilidade pela Administração dos interesses públicos, a seguir delineado.

2.4 Princípio da Indisponibilidade Pela Administração dos Interesses Públicos

Este princípio unido à máxima da supremacia do interesse público sobre o privado, formam a base informadora do Regime Jurídico-Administrativo, urge, portanto, debruçamos nossa atenção sobre ele.

O dito princípio é vastamente aplicado no procedimento da licitação, pois esta não pode servir como forma de benefícios pessoais ou políticos dos Administradores ao escolherem um particular para contratar com a Administração.

Por se tratar de um direito pertencente à sociedade considerada como um todo, o interesse público não está à livre disposição de quem quer que seja, por ser um bem maior, inapropriável, indisponível.

Isto quer dizer que, não é oportunizado ao Administrador ou à Administração Pública, dispor do interesse público como bem quiser ou entender, devendo sempre observar o disposto na lei ao lidar com o interesse geral.

Marcio Fernando Elias Rosa (2007, p. 18) tece o seguinte comentário sobre o tratado princípio:

Não é deferida liberdade ao administrador para concretizar transações de qualquer natureza sem previa e correspondente norma legal. Os bens, direitos e interesses públicos são confiados a ele apenas para a sua gestão, nunca para a sua disposição. O poder de disposição, seja para aliená-los, renunciá-los ou transacioná-los, dependerá sempre de lei. Não há poder de transigir sem lei anterior

que o permita (STF, RDA, 128:178). Assim, seja para alienar bens, contratar pessoal ou realizar procedimento licitatório, sempre estará o administrador condicionado aos limites de seus poderes (e deveres) de mera gestão.

Como a atribuição principal a que se destina constitucionalmente a Administração Pública, é a realização e proteção do interesse coletivo, todos os seus atos devem ter como origem e finalidade a obtenção do interesse geral.

De tal modo que, a lei ao tratar do interesse comum, automaticamente estará definindo como deverá o Administrador proceder, que é sempre em função do atendimento do que dispõe esta lei.

O mestre gaúcho Cirne Lima (1982) apud Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 71), dentre um de seus tão acertados textos afirma que:

a relação de administração somente se nos depara, no plano as relações jurídicas, quando a finalidade a que a atividade de administração se propõe nos aparece definida e protegida pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros.

Os bens e o interesse público, portanto, não estão entregues à livre disposição e vontade do Administrador, pois a obrigação que este possui é o dever de curá-los de acordo com o que reza a finalidade que está confinada a Administração Pública. Só a lei pode dispor sobre aqueles.

Assim, delineado o conceito do princípio da indisponibilidade pela Administração, dos interesses públicos, podemos observar suas conseqüências no mundo jurídico, e sua relação com alguns princípios informadores do Regime Jurídico-Administrativo. O primeiro paralelo que estabeleceremos será entre ele e o princípio da legalidade, com suas implicações ou decorrências como: princípios da finalidade, razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado, senão vejamos:

Ante todos os princípios que regem a Administração Pública o da legalidade é considerado pelos doutrinadores o mais importante e do qual

decorrem os demais, por ser essencial ao Estado de Direito e por se confundir com o próprio Estado Democrático de Direito.

Não se pode afirmar ao certo, se é o princípio da legalidade quem decorre do princípio da indisponibilidade ou vice e versa, pois os dois são muito próximos e muitas vezes um completa o outro.

O importante é que um é interligado e dependente ao outro, formando uma união perfeita entre dois princípios, que tem como principal finalidade dentro do Regime Jurídico-Administrativo submeter os gestores, órgãos públicos e todas as atividades administrativas à letra da lei.

O Professor Hely Lopes Meirelles (2002, p. 86) ensina que:

A legalidade como princípio administrativo (CF 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Então a Administração Pública por ser regida por um regime jurídico de Direito Público deve fazer apenas o que a lei lhe autoriza, diferentemente do que ocorre com as demais pessoas de direito que estão autorizadas a realizar tudo exceto o que a lei desautoriza.

Deste modo, quando qualquer ato é praticado pela Administração, pressupõe que exista previsão legal que autorize aquele ato, caso contrário este ato é inválido.

Entretanto, existem casos em que a lei confere ao Administrador a possibilidade de expedir um juízo de valor para avaliar se existe utilidade pública em determinadas situações, esta situação é chamada de discricionariedade.

Mas isso não exclui nem diminui os amplos efeitos que o princípio da legalidade exerce sobre a Administração Pública, pois, como já foi dito, é a própria lei quem autoriza o exercício da discricionariedade, equivale dizer que em determinados casos a lei atribui ao administrador a possibilidade de fazer

um juízo de conveniência e oportunidade em nome da utilidade pública, consequentemente do interesse público.

3 DA LICITAÇÃO

Agora, delineados os principais aspectos do conjunto de normas e princípios que formam o Regime Jurídico-Administrativo, poderemos entrar no estudo da licitação e observar-se á o importante papel que a licitação possui dentro do Regime Jurídico Administrativo para a satisfação do interesse coletivo.

Como já foi anteriormente explanado, em decorrência do princípio da estrita legalidade na qual o Poder Público se submete, ao contrario dos particulares, aquele não possui ampla liberdade quando pretende adquirir, alienar, locar bens, contratar determinada empresa para realizar obras ou serviços.

Então quando qualquer pessoa governamental pretende realizar qualquer um dos supracitados negócios jurídicos deve realizar um procedimento preliminar devidamente estabelecido e imposto pela lei, este procedimento denomina-se licitação.

Assim, por se tratar a licitação de um procedimento administrativo, ela é formada por uma serie de atos e etapas organizados e preordenados que devem ser realizados para o cumprimento de um determinado fim, qual seja, poder a Administração estabelecer negócios e contratos com os demais entes de nosso direito.

Desta forma, a licitação em suma, é uma competição promovida pelas entidades estatais entre os interessados que pretendem estabelecer alguma relação jurídica de cunho patrimonial com ela, devendo a entidade promotora, ao final do certame escolher a proposta mais vantajosa a seu interesse e ao destino maior de todos que atuam na Administração que é o interesse público.

Este julgamento que irá estabelecer quem é o vencedor da competição, deve obedecer todos os princípios e normas dirigidos aos atos administrativos, como imparcialidade, igualdade, publicidade, motivação etc. . .

No procedimento licitatório existem duas fases primordiais, que devem ser sempre observadas, independente da realização ou não das demais subdivisões procedimentais da licitação.

A primeira é a habilitação, que é o momento pelo qual todos os interessados irão demonstrar o preenchimento e adequação a todos os atributos e exigências feitas no instrumento de convocação.

A segunda etapa é o julgamento, onde será analisada e escolhida a proposta mais vantajosa oferecida pelos licitantes.

A licitação está prevista constitucionalmente no artigo 37, inciso XXI que assim dispõe:

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.

Estes dispositivo serve de base para todos as demais normas jurídicas infraconstitucionais, que tenham como objeto compra, venda, aluguel de bens, contratações de serviços e execuções de obras e concessão e permissões de prestação de serviços públicos pelos particulares.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2006, p. 505) conceitua sabiamente a licitação da seguinte forma:

Licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar

obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Pode-se observar no conceito tão bem elaborado por este administrativista que o procedimento licitatório é a exteriorização de muitos dos princípios constituintes do Sistema Jurídico- Administrativo, tais como o da legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade e publicidade.

No entanto, existem princípios próprios da licitação como os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, adjudicação compulsória, procedimento formal e probidade administrativa.

Da conjugação destes princípios, observa-se que a licitação visa o alcance de dois objetivos:

- a) Proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso para o interesse público;
- b) oportunizar aos administrados a possibilidade de participarem nos negócios que os entes governamentais realizam com os particulares.

O primeiro o objetivo da licitação visa à defesa do interesse público, pois ao se estabelecer um procedimento formal permite que os serviços, obras, negócios e contratos realizados pela Administração Pública e particulares ou concedidos por ela a estes sejam prestados com eficiência e menos custo.

Já o segundo objetivo, faz com que todos os interessados em vencer o certame se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório antes de apresentarem suas propostas, isto se dá em uma das mais importantes fases do procedimento licitatório que é da habilitação.

Este instrumento convocatório é também chamado de edital, que é onde estarão previamente estabelecidos todas as regras referentes ao contrato objeto da licitação, por isso o edital é chamado de a lei da licitação e conseqüentemente a lei do contrato.

Deste modo, a Administração não pode alterar as condições estabelecidas no edital, tampouco o particular poderá apresentar propostas ou documentos em desacordo com o estipulado no edital de convocação, sob pena de desclassificação ou de indeferimento de sua habilitação.

Ainda, considerando os princípios da licitação pode-se afirmar que a licitação atende a três exigências básicas do direito público, quais sejam:

- a) Proteção dos interesses públicos e recursos governamentais, pois ao se procurar a oferta mais satisfatória é uma forma de economizar o dinheiro do erário;
- b) Respeito aos princípios da isonomia e da impessoalidade previstos nos artigos 5º e 37º “caput” da Constituição Federal, pois é conferido aos particulares a oportunidade de participarem igualmente no certame, em tese sem qualquer influência política ou pessoal do administrador.
- c) Obediência às previsões de probidade administrativa trazidos pelos artigos 37 “caput” e 85, inciso V da Constituição Federal.

Ainda neste breve apanhado sobre o procedimento licitatório, insta salientar que a sistemática da licitação sofreu fundamental modificação em nosso sistema jurídico, com o advento da Lei 8666 de 21 de junho de 1993, chamada de Lei de Licitações.

Esta lei apesar de ter sido elaborada para regulamentar o artigo 37, inciso XXI da Carta Magna, na realidade estabelece normas gerais sobre licitações e contratos previstos no artigo 22, inciso XXVII da mesma Constituição, aplicáveis a Administração direta, indireta da União Estados, Municípios e Distrito federal.

Mas de acordo com Emenda Constitucional 19 de 1998 as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que tiverem como finalidade a exploração de atividades econômicas, ficam sujeitas a uma legislação especial, semelhante às relações contraídas entre os particulares.

Feitas estas considerações gerais sobre a licitação, faremos um breve apanhado acerca dos princípios que regem as regras sobre licitação.

3.1 Princípios da Licitação

Começaremos este tópico advertindo que a doutrina administrativista não é uníssona na indicação dos princípios informativos da licitação, no entanto, irá se fazer a análise dos principais princípios para se entender a exigência da demonstração da regularidade fiscal dos licitantes na fase da habilitação.

Antes, porém, necessário é observar que a intenção do legislador ao prever e aplicar à Administração Pública o procedimento licitatório é uma clara observação ao princípio da indisponibilidade do interesse público, pois este vincula o Poder Público.

É cristalino, portanto, que todos os demais princípios informadores da licitação são em decorrência ou derivam do princípio da indisponibilidade do interesse público.

O primeiro princípio presente no procedimento licitatório é da igualdade brevemente exposto a seguir:

3.1.1 Princípio da igualdade

Também denominado na doutrina como princípio da isonomia entre os licitantes, constitui verdadeira base da licitação, uma vez que o procedimento licitatório objetiva não só permitir à Administração a escolha da

melhor proposta, como também assegura a igualdade de direitos a todos os interessados em vencer o certame e conseqüentemente, contratar com o poder público

Este principio cravado no artigo 37. inciso XXI da Constituição Federal de 1988, proíbe o favorecimento de alguns licitantes em detrimento dos demais.

De maneira sucinta e impecável o saudoso Professor Hely Lopes Meireles (2002, p. 262) ensina que:

a igualdade entre os licitantes é principio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de clausulas que, no edital ou convite ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais (art. 3º § 1º).

O desatendimento q esse principio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público. Todavia, não configura atentado ao *principio da igualdade entre os licitante* o estabelecimento de *requisitos mínimos de participação* no edital ou convite, porque a Administração pode e deve fixá-los sempre que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público.

Neste sentido, o § 1º do inciso I do artigo 3º da Lei 8.666 de 1993, veda expressamente que o instrumento convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório proibindo também o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, assim como entre as empresas brasileiras e estrangeiras ou qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico cumprimento do contrato.

Observa-se que estes dispositivo legal garante aos licitantes total condições de competitividade, ele é tão importante para o procedimento licitatório que Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002) diz que o conteúdo deste

dispositivo caracteriza um subprincípio chamado por ela de subprincípio da competitividade.

Entretanto, este princípio não é absoluto, havendo algumas exceções como as previstas nos incisos do § 2º do artigo 3º da Lei de Licitações.

E mesmo sendo fundamental a competição para o procedimento licitatório, ela não é completamente livre, uma vez que a proteção do interesse público exige a imposição de algumas normas que excluem do certame as pessoas jurídicas não regularmente constituídas ou as que não apresentem idoneidade técnica ou financeira por exemplo.

Não obstante, trata-se de vital alicerce para o alcance do interesse público dentro do procedimento licitatório.

Outro importante princípio cardeal da licitação é o da impessoalidade, que está intimamente ligado ao princípio da isonomia, dada sua importância ofereceremos sobre ele maior atenção nesta parte do trabalho.

3.1.2 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade é tão importante que chega a ser auto-explicativo, por isso não merece maiores delongas em nosso estudo, insta, porém, dedicar um parágrafo a ele.

Este princípio impede a proliferação dentro do procedimento onde ocorre o certame de quaisquer favoritismos, discriminações inconvenientes, devendo-se tratar os licitantes com a maior neutralidade possível, para que haja entre todos os concorrentes a mais completa isonomia.

3.1.3 Princípio da moralidade e da probidade

O princípio da moralidade e probidade esta previsto nos artigos 37, *caput*, § 4º e 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal e artigo 3º da Lei 8.666/93, que adverte as autoridades a sempre terem como norte nos atos e julgamentos praticados no procedimento licitatório a moralidade e a probidade.

Este princípio cobra do administrador não apenas um comportamento lícito, mas também moral de acordo com os bons costumes sociais, almejando sempre valores como justiça, equidade e honestidade.

O desrespeito a este principio gera uma pena muito grave aos agentes públicos, que é a prática de improbidade administrativa previsto no Artigo 37 § 4º da Carta Magna, que pode levar à suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário nas formas previstas em lei, além de poder ser processado criminalmente em alguns dos tipos previstos no capítulo dos crimes contra a Administração Pública do Código Penal.

Para conferir mais credibilidade a este trabalho transcreveremos novamente à obra do ilustre Professor Celso Antonio Bandeira de Mello (2006, p. 514) que assim dispõe:

O principio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para Administração e licitantes, um comportamento esmerado, liso, honesto, de parte a parte.

Especificamente para a Administração, tal principio esta reiterado na referencia ao principio da probidade administrativa. Sublinha-se aí que o certame haverá de ser por ela conduzido em estrita obediência a pautas de moralidade, no que se inclui, evidentemente, não só a correção defensiva dos interesses de quem a promove, mas também as exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes.

3.1.4 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade acompanha a licitação em todo o seu procedimento, desde os avisos de sua abertura até o conhecimento do edital e seus anexos, a análise dos documentos e das propostas pelos interessados .

Impõe também à Administração que todos os atos e termos da licitação no que concerne às motivações das decisões sejam expostas ao conhecimento de todos os interessados, é um dever de transparência, em benefício não apenas dos concorrentes como de toda a sociedade. É o que estabelece o § 3º do artigo 3º da Lei 8.666/93.

A Professora Maria Sylvia Zanela Di Pietro (2002, p. 305) assim ensina sobre este princípio:

[...] o princípio da publicidade diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento , que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade. A publicidade é tanto maior quanto maior for a competição propiciada pela modalidade de licitação; ela é mais ampla possível na **concorrência**, em que interesse maior da Administração é o de atrair maior número de licitantes, e se reduz ao mínimo no **convite**, em que o valor do contrato dispensa maior divulgação.

3.1.5 Princípio da vinculação ao edital

O Princípio da vinculação ao edital previsto no artigo 3 e 41 da Lei 8.666/1993, obriga à Administração e os interessados a cumprir estritamente o que reza o conteúdo do edital. Todas as regras ali estabelecidas para disciplinar a competição e a forma com que se dará o contrato devem ser respeitadas.

Mais uma vez utilizando o sábio ensinamento do Professor Hely Lopes Meirelles (2002, p. 263):

A vinculação ao edital é o princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. *O edital é a lei interna da licitação*, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.(art.41).

3.2 Da Habilitação

Finalmente atingimos a fase da licitação mais importante para o nosso estudo, pois é nela onde se exige a demonstração da regularidade fiscal pelos licitantes.

Superada a fase procedimental do edital, a licitação passa para sua segunda fase que é a da habilitação, onde a pessoa governamental que expediu o edital de licitação e promoverá o certame, irá analisar se os licitantes estão aptos e qualificados para que sua proposta seja considerada pela comissão de licitação.

É na habilitação onde ocorre o recebimento dos envelopes contendo a documentação exigida no edital e as propostas dos licitantes.

Na documentação apresentada à comissão de licitação, deverá conter conforme o Artigo 27 da Lei 8.666/1993, provas de que o licitante possui habilitação jurídica, técnica e econômico-financeira, além de regularidade fiscal e cumprimento no disposto no Artigo 7º, inciso XXXIII da Constituição Federal, que consiste na proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo se na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

A Lei prevê minuciosamente como serão exigidos e comprovados cada um dos requisitos citados acima.

Importa ressaltar, que em cada modalidade de licitação a fase de habilitação se dá de formas e oportunidade diferentes.

Seguirá agora a análise de cada um dos requisitos para posteriormente adentrar-se no estudo pormenorizado do requisito da Regularidade Fiscal.

3.2.1 Da habilitação jurídica

A habilitação jurídica do licitante, também chamada pela doutrina de capacidade jurídica e qualificação jurídica, é o requisito pelo qual se exige do proponente a efetiva aptidão para exercer direitos e contrair obrigações, podendo responder plenamente por atos no mundo jurídico.

Este requisito é inerente à personalidade jurídica que deve possuir cada ser humano como pessoa física, ou atribuídas pela lei a alguns entes como as pessoas jurídicas, para que participem e pratiquem os atos no mundo jurídico, exercendo direitos e contraindo obrigações.

Deste modo, todas as pessoas físicas ou jurídica possuem personalidade perante a lei, no entanto, nem todos são dotados de capacidade jurídica como por exemplo os interditos, menores de idade e pessoas jurídicas de fato.

Na habilitação a capacidade jurídica dos licitantes deve plena tanto no plano jurídico de Direito Privado, como no plano jurídico de Direito Público, pois há casos em que a pessoas recebem punições administrativas que as incapacitam de contratar com a Administração Pública, mas mesmo assim podem continuar exercer atos da vida civil livremente.

Conforme os incisos do Artigo 28 da Lei 8.666/1993, podem ser exigidos os seguintes documentos para a comprovação da capacidade jurídica dos licitantes:

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

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

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

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

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

3.2.2 Da habilitação técnica

Este requisito, também chamado de qualificação técnica do licitante, está estabelecido nos incisos do Artigo 30 da Lei 8.666/1993, Lei de licitações, que assim dispõe:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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

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

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

Trata-se de um requisito que visa garantir a qualidade dos produtos e serviços fornecidos e prestados ao Poder Público.

3.2.3 Da habilitação econômico-financeira

Observa-se que este requisito é exigido para garantir que o proponente que venha a vencer o certame, irá ter saúde financeira suficiente para cumprir os encargos econômicos decorrentes do contrato.

A documentação que deve ser exigida para a comprovação da qualificação econômico-financeira estão dispostos nos incisos Artigo 31 da Lei 8.666/1993:

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

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

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

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

3.2.4 Da regularidade trabalhista

Esta é uma exigência prevista no Artigo 7º, inciso XXXIII da Constituição Federal, força o licitante demonstrar que não utiliza mão de obra de menores de dezoito anos na exploração de atividade noturnas, perigosas ou insalubres, e de qualquer trabalho de menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz de quatorze anos.

O legislador infraconstitucional, ainda não expediu qualquer tipo de Lei regulamentando o modo pelo qual se exigira a comprovação do requisito exigido pelo Artigo 7º, inciso XXXIII da Carta Magna, no entanto, vem sendo exigido hoje dos licitantes uma declaração de cumprimento desta exigência.

3.2.5 Da regularidade fiscal

Ante o que foi até aqui preparado e analisado, passamos a estudar o requisito da fase da habilitação que exige a comprovação da regularidade fiscal dos licitantes.

Para o presente trabalho este requisito é muito importante, pois existe no mundo jurídico uma grande celeuma sobre a legalidade desta exigência e isso serve de foco para a defesa desta monografia.

A exigência de apresentação de documentos que demonstrem a regularidade fiscal do licitante, estão previstos nos incisos do Artigo 29 da Lei 8.666/1993. Lei de licitações:

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

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

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

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

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

Como se pode observar, as exigências previstas nos incisos acima destacados, que dizem respeito à regularidade documental do licitante

junto aos cadastros dos órgãos competentes para arrecadar tributos e fiscalizar seu recolhimento, tanto no âmbito Federal, Estadual e Municipal de acordo com o domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto da licitação.

A primeira discussão jurídica acerca da legalidade desta exigência, surge no sentido da expressão “regularidade fiscal” trazido pelo inciso III do artigo acima exposto, que impõe a demonstração da regularidade fiscal do licitante perante os órgãos responsáveis pela fiscalização e arrecadação de tributos.

Por ser um termo muito amplo, existe a interpretação de que a prova de regularidade fiscal só é possível se for demonstrada a quitação dos tributos, ou seja, não deve pesar sobre o licitante qualquer débito de natureza fiscal.

Desta forma, o termo “regularidade fiscal” equivale ao termo “quitação dos débitos fiscais”, assim a regularidade fiscal do licitante só poderá ser demonstrada mediante apresentação de certidões negativas de débitos fiscais emitidas pelas órgãos da Fazenda Federal, Estadual e Municipal.

No entanto, existe outro entendimento que não associa a regularidade fiscal à comprovação de quitação dos débitos fiscais do licitante, pois existem inúmeros casos em que embora pese sobre o licitante débitos fiscais existe a sua regularidade fiscal.

Isso se dá, por exemplo nos casos onde o tributo é exigido ilegalmente ou de forma abusiva, podendo o contribuinte valer-se do controle jurisdicional para combater a imposição destes tributos.

Assim, demonstra a regularidade fiscal o licitante que se opõe ao pagamento dos débitos fiscais por meio de tutelas jurisdicionais como embargos à execução fiscal e mandados de segurança.

Embasando essa corrente, Marçal Justen Filho (1992) apud Celso Antonio Bandeira de Mello (2006, p. 566): “a exigência de regularidade fiscal não pode sobrepor-se à garantia da universalidade e do monopólio da jurisdição”

É cristalino que a posição mais acertada do ponto de vista constitucional e que atende mais os anseios do interesse coletivo é esta última, pois não pode a licitação desvirtuar-se de seu norte, comum a todos os atos e procedimentos praticados pela Administração que é a satisfação dos interesses públicos.

Desta forma, a licitação não pode ter um caráter de cobrança de tributos, ao obrigar os interessados em contratar com o Poder Público de quitar seus débitos fiscais, como por exemplo, aqueles que possuem débitos fiscais sendo discutidos jurisdicionalmente a respeito de sua constitucionalidade e exigibilidade, enquanto não houver o pronunciamento do Poder Judiciário se o tributo é ou não devido o litigante será considerado inapto à participar de uma licitação por não estar regular perante o fisco.

Isto viola diversos direitos e garantias fundamentais sacramentados no Artigo 5º da Carta Magna, como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa e inafastabilidade do Poder Judiciário.

Além destes princípios, a exigência da quitação dos débitos fiscais afronta um dos principais alicerces do procedimento licitatório, qual seja, o princípio da igualdade previsto no Artigo 37, inciso XXII da Constituição Federal e Artigo 3º, § 1º, inciso I da Lei 8.666/1993, Lei de licitações.

Estes dispositivos legais proíbem expressamente a inclusão no ato convocatório do certame de cláusulas ou condições que admitam, prevejam, incluam ou tolerem qualquer frustração ou restrição ao caráter competitivo do procedimento licitatório, pois a exigência da quitação do débito irá prejudicar muitos interessados que apresentam regularidade fiscal sem a quitação do débito, frente a outros concorrentes que possuem a mesma regularidade fiscal mas com quitação.

Isso é evidentemente um tratamento diferenciado de concorrentes dentro do procedimento de licitação, pois trata de maneira diferente pessoas que estão nas mesmas condições.

O poder público quando exige a quitação do débito fiscal para admitir a regularidade fiscal do licitante, está manifestamente defendendo seus interesses individuais, enquanto pessoa jurídica de Direito Público, para o fim

de arrecadar mais, onerando assim ainda mais os cidadãos e aumentando ainda mais os gastos públicos.

Este interesse defendido pelo Estado considerado como pessoa de Direito Público, como já foi dito anteriormente nesse estudo é chamado de interesse secundário do Estado, que não pode jamais utilizar suas prerrogativas para defendê-lo.

O Estado só pode utilizar suas prerrogativas para defender seus interesses individuais (secundários), quando este se convergir e coincidir perfeitamente com o interesse coletivo, caracterizando, assim, o interesse primário do Estado.

Nesta baila, o ente governamental que condiciona a quitação dos débitos fiscais para reconhecer sua regularidade fiscal, comete flagrante abuso de poder, uma vez que a licitação é um procedimento atribuído pela Lei exclusivamente à Administração, e esta não pode utilizar este procedimento para defender seus interesses secundários.

A prática destas formas coercitivas de receber tributos, afronta incisivamente o Estado Democrático de Direito, pois além de caracterizar um abuso de poder, coloca a satisfação do interesse público em segundo plano, quando na verdade deveria estar como alvo do administrador ao proceder a licitação, uma vez que a função principal da licitação é a execução do interesse coletivo.

No entanto, não se pode admitir que a não exigência da quitação de débitos fiscais para a regularidade fiscal, autorize todos a se habilitar na licitação, pois esta situação não pode servir como arma para fraudadores e criminosos, que nunca pagaram nenhum tributo de contratarem com a Administração

Permitir que uma empresa que não paga seus impostos seja habilitado como os demais, pois isso além de ser muito prejudicial à livre concorrência, afronta também o princípio da isonomia, pois não permite a concorrência entre os interessados, pois aquele que não recolhe tributos terá custos menores do que os demais, podendo assim, fazer uma proposta mais vantajosa e conseqüentemente vencer a licitação.

Além disso, não há como uma empresa com muitos débitos com o fisco, ter e demonstrar capacidade econômico-financeira de arcar com os encargos provenientes da execução do contrato, uma empresa destas não possui saúde financeira e não deve ser considerada habilitada nem econômico-financeiramente, como regular perante o fisco.

Neste íterim, a não necessidade da demonstração de quitação dos débitos fiscais para que seja considerada a regularidade fiscal do licitante deve ser a regra na habilitação, porém a documentação deve ser analisada caso a caso, para impedir que criminosos e fraudadores se aproveitem desta situação para lesar os cofres públicos e a sociedade.

Ainda dentro da análise da exigibilidade da apresentação de documentos que comprovem a regularidade fiscal dos licitantes, há uma posição doutrinária encabeçada principalmente pela Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002 p. 326 e 327) que defende a inconstitucionalidade das exigências previstas nos incisos I, II e III do artigo 29 da Lei nº 8.666/1993.

Para entender os motivos que levam esta grande doutrinadora a defender este posicionamento transcrever-se-á sua aula:

O que não parece mais exigível, a partir da Constituição de 1988, é a documentação relativa à regularidade jurídico-fiscal, ou seja, prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC), prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal e prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, pois isto exorbita do que está previsto na Constituição; além disso, não se pode dar à licitação – procedimento já bastante complexo – o papel de instrumento de controle de regularidade fiscal, quando a lei prevê outras formas de controle de voltadas para essa finalidade. A única exigência que tem fundamento constitucional, dentre as contidas no artigo 29, é a do inciso IV, referente à regularidade perante a seguridade social, exigida pelo artigo 195 § 3º, da Constituição, em cujos termos 'a pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios'. Em consonância com essa norma, a Lei Orgânica da Social (Lei nº 8.212, de 24-7-91) já exigia, no artigo 47, I, a, documento comprobatório de inexistência de débito relativo às contribuições sociais 'na contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou crédito e concedido por ele

Qualquer outra documentação é inexigível no **edital**. Não tem fundamento, por isso, o artigo 117, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo. Que exige, implicitamente, prova de

atendimento a normas relativas à saúde e à segurança no trabalho. E exorbita da Constituição a própria Lei n° 8.666/93, ao exigir documentação que excede a prevista em âmbito constitucional.

Também não tem fundamento constitucional, pela mesma razão, a norma introduzida no artigo 27, inciso V da Lei n° 8.666/93 pela Lei n° 9.854, de 27-10-99, ao incluir, entre a documentação relativa à habilitação, a relativa ao 'cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição federal'. Trata-se de exigência que nada tem a ver com a habilitação, nos termos previstos no artigo 37, XXI, da Constituição Federal. Embora meritória a preocupação em zelar pela norma constitucional que restringe o trabalho de menores, não tem sentido atribuir à Comissão de Licitação essa função de controle.

Essa e outras exigências, que não são indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, contribuem para tornar o procedimento da licitação ainda mais formalista e burocrático, desvirtuando os objetivos da licitação e infringindo o inciso XXI do artigo 37 da Constituição.

Diante do que já foi anteriormente explanado, esta posição não parece acertada, pois apesar de não poder ser dada à licitação um caráter coercitivo de recolhimento de tributos, não se pode permitir que sonegadores e devedores de tributos contratem com o Estado, pois isso fere o princípio da isonomia entre os concorrentes e a livre concorrência.

Além disso, é necessária a exigência de documentos que comprovem regularidade jurídico-fiscal do licitante, como prova de sua inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC), prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal e prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, pois isso é a prova cabal da existência das pessoas de direito.

Assim, a exigência de comprovação da regularidade fiscal atende perfeitamente aos ditames da Constituição Federal, uma vez que previne eventuais fraudes na licitação e garante ao procedimento licitatório segurança jurídica, porém não deve funcionar como uma forma de obrigar os interessados a recolher tributos impostos ilegalmente, quando sua obrigação está sendo devidamente discutida judicialmente.

Desta forma, os documentos apresentados devem ser analisados caso a caso, sendo que não é necessário ao licitante demonstrar a quitação do tributo, porém deverão ser apresentados documentos que demonstrem a não

exigência do tributo em débito com o fisco, ou sua imposição estar sendo discutida em juízo.

4 CONCLUSÃO

Como já foi anteriormente estudado, o Direito Administrativo é um ramo autônomo do direito, por possuir um regime jurídico próprio chamado de Regime Jurídico-Administrativo, formado por normas e princípios básicos que dão norte as condutas praticadas pela Administração Pública.

Dentre estes princípios se destacam dois: princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade pela Administração do interesse público.

Pode-se observar ainda, que o Regime Jurídico que norteia os atos da Administração tem como objetivo cabal a satisfação do interesse público, sendo que este sempre terá superioridade quando confrontado ao interesse individual e a Administração jamais poderá dele se dispuser.

Assim, a licitação surge como um procedimento administrativo que serve de instrumento para o atendimento do interesse coletivo, uma vez que ela visa celebrar contratos com os particulares mais capacitados e que as despesas decorrentes deste contrato onerem o mínimo possível o erário público.

Para isso a pessoa governamental que realiza licitação deve observar os princípios informadores da licitação, anteriormente expostos.

Neste ínterim, o procedimento licitatório contém fases que permitam a Administração avaliar qual dos licitantes é mais capacitado e qual das propostas apresentadas é a mais interessante para o interesse coletivo.

A fase da habilitação cumpre o papel dentro do procedimento licitatório de sopesar se os licitantes estão aptos e qualificados para que sua proposta seja considerada pela comissão de licitação, e esta aptidão é averiguada mediante a exigência da entrega de diversos documentos.

Em meio a estes documentos exigidos estão os que comprovam a regularidade fiscal do licitante, havendo aqui certa celeuma no mundo jurídico

quanto a constitucionalidade desta exigência, e o sentido do termo regularidade fiscal, como foi anteriormente abordado.

Foi demonstrado neste trabalho que a licitação existe e tem como objetivo o atendimento do interesse público, sendo perfeitamente constitucional a exigência da demonstração da regularidade fiscal do licitante, mas que isto não pode ser interpretado como uma forma de cobrar tributos exigidos ilegalmente ou abusivamente, que estão sendo discutidos administrativamente ou em juízo pelos licitantes.

Então não deve ser exigida a quitação dos débitos fiscais para que se demonstre a regularidade fiscal dos licitantes, desde que o débito fiscal esteja sendo discutido na via administrativa ou judicial, para que não se permita a celebração de contratos pela Administração Pública com sonegadores e não pagadores de impostos.

Desta forma, conclui-se que a exigência de quitação do tributo para a demonstração da regularidade fiscal do licitante, não atende ao interesse público e por isso não pode a Administração utilizar-se da licitação para obrigar os licitantes à paga-los, no entanto a exigência da demonstração da regularidade fiscal dos licitantes é perfeitamente constitucional e atende ao interesse público, sendo que o licitante que possui débitos fiscais deve comprovar a existência de um processo administrativo ou judicial onde se discute a exigência e a legalidade do débito para que seja habilitado.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**: (comentários a Lei Federal n.8.666 de 21 de junho de 1993). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**: Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. São Paulo: Juriscredi.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo, Atlas, 2002.

FALLA, Fernando Garrido. **Trata de derecho administrativo**. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1970.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed São Paulo: Dialética, 1992.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Licitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.