



Universidade
ESTADUAL DA PARAÍBA

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

CAMPUS I

**PRÓ-REITORIA DE ENSINO MÉDIO, TÉCNICO E EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA
ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL**

LÚCIO PAULO DA SILVA

**LICITAÇÃO: A FRAGILIDADE DA MODALIDADE CONVITE NA GESTÃO DE
COMPRAS**

JOÃO PESSOA - PB

2015

LÚCIO PAULO DA SILVA

**LICITAÇÃO: A FRAGILIDADE DA MODALIDADE CONVITE NA GESTÃO DE
COMPRAS**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública Municipal da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Gestão Pública Municipal.

ORIENTADOR PROF. Me.: JEAN PATRICIO DA SILVA

**JOÃO PESSOA - PB
2015**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, instituição e ano da dissertação.

S856I Silva, Lúcio Paulo da

Licitação [manuscrito] : a fragilidade da modalidade convite
Na gestão de compras / Lúcio Paulo da Silva. – 2015.
40 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Gestão Pública Municipal
EAD) – Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Ensino
Médio, Técnico e Educação a Distância, 2015.

“Orientação: Prof. Ms. Jean Patrício da Silva, PROEAD”.

1.Licitação, 2.Administração Pública, 3.Gestão de Compras.
1. Título.

21. ed. CDD 352.85

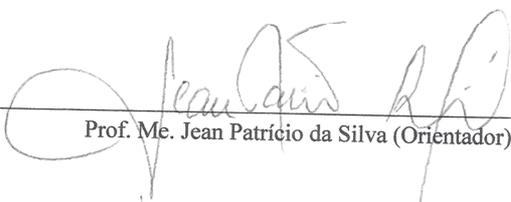
LÚCIO PAULO DA SILVA

**LICITAÇÃO: A FRAGILIDADE DA MODALIDADE CONVITE NA GESTÃO DE
COMPRAS**

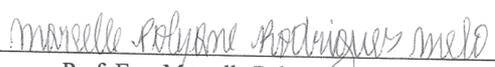
Monografia apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Gestão Pública Municipal da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Especialista em Gestão Pública Municipal.

Aprovada em: 28 / 03 / 2015.

BANCA EXAMINADORA


Prof. Me. Jean Patricio da Silva (Orientador)


Prof. Dra. Deliane Macedo Farias de Sousa


Prof. Esp. Marcelle Polyane Rodrigues Melo

**JOÃO PESSOA - PB
2015**

Dedico este trabalho a meu filho
Lucas Teixeira, pela compreensão as
minhas constantes ausências;

Ao meu pai Antônio Paulo
(*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

À Deus, por estar presente na minha vida e colocar pessoas especiais nela, e de proporcionar oportunidade em aprender, experimentar e viver.

A minha esposa e parceira de sonhos, que compreende minha alegria e interesse pelo mundo acadêmico e compartilha comigo mais essa conquista.

À minha mãe Maria das Dores e irmãos, que com eles aprendi a conquistar os sonhos utilizando o amor, ética e respeito ao próximo, até nos momentos mais difíceis.

Aos demais amigos que, de uma forma ou de outra, me incentivaram e me apoiaram no desenvolvimento da minha liderança.

Aos professores que souberam entender os momentos de dificuldades e que foram não só educadores, mas grandes parceiros. Estes jamais serão esquecidos.

E, finalmente, meu agradecimento especial ao meu orientador, Professor Jean Patrício da Silva, pela orientação firme e segura, confiança e dedicação na realização desta monografia.

“Você tem liberdade de escolha, mas as escolhas que você faz hoje determinam o que você terá, será e fará no amanhã”.

Zig Ziglar

Silva, Lúcio Paulo da. **LICITAÇÃO: A FRAGILIDADE DA MODALIDADE CONVITE NA GESTÃO DE COMPRAS**. Monografia apresentada à Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. Programa de Pós-Graduação. João Pessoa – PB, 2015, 40 fls.

RESUMO

O tema deste trabalho de conclusão da especialização vislumbra sobre os prós e os contras na modalidade da licitação **carta-convite**. O convite é uma licitação de menor vulto, cujo valor da compra ou serviço é menor, ou seja, para as compras e serviços, esse valor é de até R\$ 80.000,00 (Oitenta mil reais), e para obras e serviços de engenharia, pode chegar até 150.000,00 (Cento e cinquenta mil reais). Nesse caso, a Lei 8.666/1993 permite ao órgão público pedir toda documentação, parcial ou nenhum documento, pois o mais comum é o parcial, como por exemplo, pede-se para comprovar se está em dia com os recolhimentos no FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, INSS – Certidões Negativas de Débito (CND) e CNDT – Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas. A questão da fragilidade, recai que a modalidade convite não exige publicação de edital, em jornal de grande circulação e no Diário Oficial da União. Sendo a convocação é feita por escrito, com antecedência de 5 (cinco) dias, as empresas previamente selecionadas pelo gestor público, a divulgação é na carta e no quadro de aviso, facilitando assim, crimes na licitação.

Palavras-chave: Licitação, Carta Convite, Fraudes, Administração Pública.

Silva, Lúcio Paulo da. **BIDDING: THE FRAGILITY OF INVITATION MODE IN MANAGING PURCHASES.** Monograph submitted to the State University of Paraíba-UEPB. Postgraduate program. João Pessoa-PB, 2015, 40fls.

ABSTRAT

The theme of this work to completion of the specialization envisages about the pros and cons in the bidding **letter of invitation**. The invitation is a lowest-bid figure, whose purchase amount or service is minor, i.e. for purchases and services, this value is up to R\$ 80,000,00 (eighty thousand reais), and for engineering works and services can reach up to R\$ 150.000,00 (one hundred and fifty thousand reais). In this case, the law 8.666/1993 allows the public body to all documentation, partial or no documents, because the most common is the partial, as for example, asks to see if you're up to date with gatherings in the FGTS-guarantee fund for length of service, SOCIAL SECURITY-clearance certificates debit (CND) and Certificate of debts – CNDT labor. The issue of fragility, was weak, that invitation mode does not require publication in a newspaper of wide circulation and in the Union Official Diary. The convocation is made in writing, in advance of 5 (five) days, the companies previously selected by the Manager, public disclosure is in the letter and in the framework of warning and thus facilitate, crimes in the bidding.

Keywords for this page: Bid, Invitation Letter, Fraud, Public Administration.

SUMÁRIO

ABREVIATURAS E SIGLAS	10
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1	
PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	14
1.1 Legalidade.....	14
1.2 Impessoalidade.....	15
1.3 Moralidade.....	16
1.4 Publicidade.....	16
1.5 Eficiência.....	17
CAPÍTULO 2	
PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS RECONHECIDOS	19
2.1 Supremacia do interesse público.....	19
2.2 Probidade administrativa.....	20
2.3 Vinculação ao instrumento convocatório.....	21
2.4 Razoabilidade.....	22
2.5 Segurança jurídica.....	23
2.6 Motivação.....	24
CAPÍTULO 3	
MODALIDADES DA LICITAÇÃO	25
3.1 Concorrência.....	27
3.2 Tomada de preço.....	28
3.3 Convite.....	28
3.4 Concurso.....	36
3.5 Leilão.....	36
3.6 Pregão.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
REFERÊNCIAS	39

ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN. = Ação Direta de Inconstitucionalidade

BLC = Boletim de Licitações e Contratos

CF = Constituição Federal

CP = Código Penal

CPL = Comissão Permanente de Licitação

CPM = Código Penal Militar

CPP = Código de Processo Penal

CPPM = Código de Processo Penal Militar

Dec.-lei = Decreto-lei

DJU = Diário da Justiça da União

DNER = Departamento Nacional de Estradas de Rodagem

DOU = Diário Oficial da União

IBCCrim = Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

INSS = Instituto Nacional de Seguridade Social

IPM = Inquérito Policial Militar

LCP = Lei das Contravenções Penais

LEP = Lei de Execução Penal

LICC = Lei de Introdução ao Código Civil

LLC = Lei de Licitações e Contratos

OAB = Ordem dos Advogados do Brasil

RDA = Revista de Direito Administrativo

RT = Revista dos Tribunais

RTJ = Revista Trimestral de Jurisprudência

TJSP = Tribunal de Justiça de São Paulo

TRFSP = Tribunal Regional Federal de São Paulo

STF = Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objeto a modalidade licitatória convite, consagrada pela Lei n. 8.666 de 1993 e demais alterações, uma vez que esta modalidade de licitação é a mais simples, destinada às contratações de menor valor, escrita à pelo menos 03 (três) interessados no ramo de atividade. No tocante a eficácia do entendimento a modalidade licitatória convite, discorreremos primeiramente sobre o conceito de licitação.

Consoante ao Art. 3º da Lei n. 8.666/93, as licitações destinam-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual. Por parte da Administração, o edital ou convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores como o julgamento de recursos interpostos pelos interessados, a revogação, a anulação, os projetos, as publicações, anúncios, atas, etc. por parte do particular, a retirada do edital, a proposta, a desistência, a prestação da garantia, a apresentação de recursos, as impugnações. (DI PIETRO, 2007, p.325).

A abordagem traz a ideia de disputa isonômica, perante a igualdade de todos concorrentes, onde visa à proposta mais vantajosa de menor preço, com vistas à celebração de um contrato administrativo com um órgão público, visando principalmente verificar a incidência, (ou não) de afronta a Princípios Constitucionais e da Administração Pública, como o da impessoalidade e isonomia, assim como, verificar questões práticas singulares a essa modalidade licitatória.

Apresenta-se neste trabalho, o conhecimento de situações concretas em certames presenciais e eletrônicos de caráter nacional, ou seja, sou sócio e administrador conforme CRA-PB: 4537 de uma EPP – Empresa de Pequeno Porte, no centro da capital de João Pessoa – Paraíba, com razão social de CECAPI – Centro de Capacitação Profissional Integrado LTDA, sob CNPJ 09.148.752/0001-79. É fato os cartéis na gestão de compras, seja ela de bens e/ou serviços, e a situação agrava muito na modalidade convite, pois a Lei n. 8.666 de 1993 preceitua que não existe a obrigatoriedade de publicação de aviso de licitação em jornal de grande circulação e imprensa oficial, e sim, anexação em quadro de avisos dos órgãos e carta-convite para os envolvidos, ferindo a igualdade entre os licitantes.

[...] um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir (MELLO, 2009, p.517).

Atualmente, a administração pública tem se mostrado uma alternativa bastante rentável para o setor privado, que no mercado altamente competitivo. É neste contexto que a licitação ganha cada vez mais atenção do mercado, da Doutrina, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos demais Órgãos de Fiscalização, isso porque, traz muitas vezes, sérias complicações para os administradores públicos, caso a legislação que a disciplina a matéria não seja rigorosamente observada. É o caso, por exemplo, dos escândalos divulgados constantemente nos principais veículos de comunicação, nos quais vêm à tona fraudes a processos licitatórios.

Vemos que a contratação dos particulares pela administração pública é possível e pode ser um caminho eficiente para atender os interesses públicos, mas diante do trato com a coisa pública, temos que analisar o porquê da administração pública municipal tende em utilizar a modalidade carta-convite, a nossa Constituição Federal em seu Art. 37º. 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.**(grifo nosso).

A obrigatoriedade de licitar emana da própria Constituição Federal de 1988 e é reforçada pela legislação infraconstitucional, especialmente pela Lei 8.666/93, que disciplina as licitações e os contratos administrativos no país. A Lei 8.666/93 em seu Art. 22 prevê cinco modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, os cinco primeiros parágrafos definem cada uma delas e no parágrafo oitavo veda a criação de outras modalidades de licitação ou combinação das referidas.

OBJETIVOS

Objetivo geral:

- Propiciar as fragilidades existentes para burlar os princípios éticos e pressupostos do certame, que regem o procedimento administrativo da licitação, especialmente a seleção das empresas e julgamento das propostas, na modalidade convite.

Objetivos específicos:

- Entender a modalidade licitatória convite;
- Estabelecer transparência na fase interna e externa do certame;
- Compartilhar o respeito às condições do edital e sua publicidade;
- Direcionar de acordo com a Lei 8.666/93 o menor vulto de valor.

A metodologia utilizada nesta pesquisa é descritiva e bibliográfica, tendo envolvido muito estudo com dados escritos em livros, apostilas, documentários, artigos em revistas, jornais, internet, dentre outros. Além da experiência profissional no dia-a-dia, trazendo os ensinamentos que propicia a descoberta da realidade que nos rodeia.

CAPÍTULO 1

PRINCIPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios são a base que dá validade a todas as normas infraconstitucionais que compõem o nosso sistema jurídico, e como tal, devem ser observados e respeitados. Tratando-se da Administração Pública, o legislador constituinte de 1988 impôs a sua atuação a observância de cinco princípios, insculpidos explicitamente no art. 37 da Constituição Federal de 1988, valendo a transcrição:

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: (grifo nosso).

Além dos princípios constitucionais, existem outros princípios, não menos importantes, trazidos pela legislação infraconstitucional, que balizam a atuação da Administração Pública, como os princípios da supremacia do interesse público; da razoabilidade; da proporcionalidade; da motivação; da presunção de legitimidade; dentre outros, porém os que interessam aos estudos são os cinco princípios expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, abaixo explanados:

1.1 Legalidade

Então definiu o princípio da legalidade o professor Hely Lopes Meirelles, em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro* (Ed. Saraiva, São Paulo, 2004):

A legalidade, como princípio da Administração (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.

Pelo conceito, podemos observar que enquanto para os particulares é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, **a Administração Pública só pode e deve fazer o que a lei determina.**

Neste exato sentido, são os ensinamentos da Prof^a. Maria Sylvia Zanella de Pietro:

Segundo o Princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da **autonomia da vontade**, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe.

Portanto, a Administração Pública Direta e Indireta, por força do mandamento extraído do art. 37 da Constituição Federal de 1988, está intimamente amarrada à legislação vigente, não podendo praticar qualquer ato que careça de fundamento legal, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

1.2 Impessoalidade

Conhecido como princípio da finalidade administrativa, o princípio da impessoalidade aproxima-se, demasiadamente, dos princípios da igualdade e da legalidade, ao passo que impõe ao administrador público, a obrigatoriedade de tratar a todos de forma isonômica, bem como, de buscar, com seus atos, o fim legal do mesmo que é “aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal”.

Nas sábias palavras do Professor Celso Spitzcovsky, o princípio da impessoalidade “pode ser traduzido pela obrigação atribuída ao Poder Público de manter uma posição neutra em relação aos administrados, só produzindo discriminações que se justifiquem em vista do interesse público”.

Diante desse entendimento, inclusive, é compartilhado pelo jurista Alexandre de Moraes, para quem a o princípio da impessoalidade:

O administrador é um executor do ato, que serve de veículo de manifestação da vontade estatal, e, portanto, as realizações administrativo-governamentais não são do agente político, mas da entidade público em nome da qual atuou.

Logo, diante do princípio da impessoalidade, não podemos admitir que o administrador público se valha da coisa pública para atender interesse próprios ou de terceiros, mas deve fazê-lo, tão somente, para atender ao interesse público.

1.3 Moralidade

Introduzido no nosso ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988, o princípio da moralidade é daqueles princípios cuja compreensão não é fácil, isso porque o conceito de moral, por si só, é dinâmico e se transforma o tempo e o local onde está inserido. O que é moral no Brasil, por exemplo, pode não ser no Japão.

Para fins de Direito Administrativo, toda via, é sabido de todos que, o princípio da moralidade está intimamente ligado ao princípio da legalidade. É dizer que o administrador público que se afasta da legalidade, acaba por praticar o ato imoral, e viola, conseqüentemente, o princípio em comento.

A ideia de imoral está atrelada ao ato ímprobo, desonesto, injusto, contrario aos bons costumes, enfim, atentemos contra o senso comum de moral da sociedade e de ética das instituições.

Sábias são as palavras de Maria Sylvia de Zanella Di Pietro acerca da matéria:

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou o administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofenda a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

Portanto o princípio da moralidade não está amarrado, tão somente, à observância da lei, pois seria então, o princípio da legalidade. Por outro lado, é possível haver observância da legalidade, mas imoralidade ao mesmo tempo, por exemplo, quando o administrador realiza despesas legais, mas inúteis. Falar em moralidade é falar além da legalidade, é falar na “proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir.

1.4 Publicidade

O princípio da publicidade, a Administração Pública está obrigada a divulgar todos os seus atos, exceto aqueles que dizem respeito à segurança nacional, e que por sua natureza, exigem o sigilo da informação. Para que entendemos melhor o princípio da publicidade,

devemos lembrar que a Administração Pública deve agir visando sempre o interesse público, nos exatos termos da lei, pelo que se faz necessária o controle dos seus atos.

Os administrados, por sua vez, só podem exercer o devido controle sobre a Administração Pública, se os atos dessa forem devidamente publicados, quando então se tornam públicos.

Como bem ensina Hely Lopes Meirelles:

“O princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral, através dos meios constitucionais”.

Vale ressaltar que é a partir da publicação que os atos administrativos passam a gozar de eficácia, fazendo então surtirem os efeitos pretendidos. Percebemos que a “publicidade não é elemento formador do ato; é requisito de eficácia e moralidade”.

1.5 Eficiência

Elevada à categoria de princípio pela Emenda Constitucional nº 19/98, a eficiência mostra-se como dever da Administração Pública.

Pelo aludido princípio, não basta à Administração Pública, a observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade na consecução dos seus atos, é preciso que ela seja, também, eficiente, que busque “o aperfeiçoamento na prestação dos seus serviços, como forma de chegar à preservação dos interesses que representa”.

Hely Lopes Meirelles bem leciona:

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Em que pese à previsão constitucional, o princípio da eficiência não se mostra tão claramente no cotidiano dos brasileiros. Comuns são as filas em postos de saúde, a burocracia em repartições públicas, a demora do Poder Judiciário, por exemplo, todos antônimos do princípio em tela. Certo é que a Administração deve, por força do princípio da eficiência, buscar a boa administração, capaz de atender aos anseios dos administrados de maneira satisfatória e ágil.

Além dos princípios constitucionais, existem outros princípios, não menos importantes, trazidos pela legislação infraconstitucional, que balizam a atuação da Administração Pública.

Como dito anterior, esta modalidade de licitação Carta-Convite deixa dúvida sobre a escolha correta, tendo em vista a possibilidade de fraude, cartel ou dirigida, com o apoio do agente público, ocorrendo assim crimes contra Administração Pública por parte de empresas privadas e improbidade administrativa para agentes públicos, portanto contrariando assim a Lei 8.666/93 em seu Art. 3º, inciso I e II, e Art. 90, e a Lei 8.429/92 em seu Art. 4º.

Qualquer pessoa que se envolva com a Administração Pública, deve ter ciência das amarras às quais estão presas, diferentemente do que ocorre com os particulares. É preciso ter em mente que o Poder Público possui um regime jurídico específico, balizado pelos princípios insculpidos na Constituição Federal de 1988, que uma vez não observados, fazem cair por terra a validade dos atos administrativos praticados.

É certo que o administrador público deve ater, impreterivelmente, aos princípios constituídos, mas cabe aos particulares que contratem com a Administração Pública também, verificar no ato da contratação, se os aludidos princípios foram por aquele observados, sob pena de serem responsabilizados administrativa, civil e até, criminalmente.

CAPÍTULO 2

PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS RECONHECIDOS

Os princípios da Administração Pública reconhecidos, apesar de não estarem expressos no artigo 37, da Constituição da República Federal do Brasil, estão dispostos em lei esparsas, como a lei nº 9784/99 (regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), a lei 8666/93 (regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências) e a lei 8.987/95 (Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências). Estes, também, são reconhecidos pela doutrina administrativa majoritária.

2.1 Supremacia do interesse público

Também chamado de princípio da finalidade pública (BARROS, 2009, p.101), está disposto na Lei. 9.784, em seu artigo 2º, caput e parágrafo único, inciso II, que dispõem:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

[...]

II – atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei.

Tanto a elaboração das leis quanto a aplicação destas pela Administração, estão sujeitas a este princípio. Apesar de haverem normas de direito privado que defendem interesses públicos (Direito de Família) e normas de interesse público que acautelam o interesse de particulares (normas de segurança e saúde pública, disposições concernentes ao poder geral de polícia, entre outras), as normas de interesse público têm o objetivo principal de atender ao bem-estar coletivo, apesar de terem reflexos nos interesses privados (DI PIETRO, 2009, p. 64-65).

Como bem ensina Celso Antonio Bandeira de Mello (2005, p. 85):

[...] o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é o princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI),o outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.

Em decorrência deste princípio que se dá tratamento jurídico diferenciado ao Estado e aos particulares, pois este é motivo de desigualdade jurídica entre estes. (MEIRELLES, 2009, p. 104).

2.2 Probidade administrativa

O princípio da probidade administrativa está intimamente vinculado ao da moralidade, o que leva, inclusive, muitos autores a criticarem a alusão aos dois princípios feita pelo art. 3º. da Lei nº. 8.666/93. Aliamo-nos, toda via, ao entendimento exarado pela jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem a “Lei nº. 8.666/93 faz referência à moralidade e à probidade, provavelmente porque a primeira, embora prevista na constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade, ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa, já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nelas incidem (art. 37, §4)”.

A probidade administrativa, diferentemente da moralidade, acaba tendo contornos mais definidos, eis que existe uma lei específica que conceitua o ato de improbidade, qual seja, a Lei nº. 8.429/92.

O art. 10, VIII, da referida lei, inclusive em matéria de licitação, assim dispõe:

Art.10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje

perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

Vemos, neste diapasão, que para fins de licitação, a probidade administrativa está atrelada à licitude do processo e à obrigatoriedade da sua realização, só sendo possível a sua dispensa nos casos prevista na legislação.

Por fim, devemos lembrar que probidade é qualidade de honesto, logo, deve-se cobrar a honestidade nos processos licitatórios, sem a possibilidade de benefício dos administradores públicos ou terceiros interessados em detrimento do interesse público, sob pena de violação do princípio da probidade administrativa.

2.3 Vinculação ao instrumento convocatório

O edital é o instrumento através do qual ficam estabelecidas as regras da licitação, e como tal, é lei máxima do certame, ao qual a Administração Pública está intimamente atrelada, dele não podendo se afastar, sob pena de violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, bem como, ao princípio da legalidade.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório está explicitamente previsto nos artigos 3º e 41 da lei 8.666/93, valendo a transcrição desse último:

Art. 41. Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Analisando o referido princípio, Hely Lopes Meirelles ensina:

(...) a vinculação ao edital é 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 proposta 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).

Assim, estabelecidas as regras do certame, tornam-se inalteráveis para aquela licitação, durante todo o procedimento...

No mesmo sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar ESTRITAMENTE as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como, aliás, está consignado no art.41 da Lei nº 8.666/93.

É possível verificar, seja pela redação dada ao art. 41 da lei nº 8.666/93, seja pela nossa melhor doutrina, que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório impõe à Administração Pública, amarras ao que disciplina o edital. Ou seja, durante o desenvolvimento do processo licitatório, a Administração não pode se afastar do que dispõe o edital, nem mesmo pretender dar interpretação extensiva às cláusulas editalícias.

2.4 Razoabilidade

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade ampla é uma decorrência do devido processo legal.

Como explica Dirley da Cunha Jr:

“Utilizando, habitualmente, para aferir a legitimidade das restrições de direitos, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, consubstancia, em essência, uma pauta axiológica que emana diretamente das ideias de justiça. Equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional [...]

Assim, aplicado o princípio em tela à Administração Pública, impõe-se que as entidades, os órgãos e agentes públicos, no desempenho das funções administrativas, adotem meios que, para a realização de seus fins, revelem-se adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se logra promover, com sucesso, o fim desejado; é necessário se, entre os meios igualmente adequados, apresenta-se como o menos restritivo a um direito fundamental; e, finalmente, é proporcional em sentido estrito se as vantagens que propicia superam as desvantagem que propicia superam as desvantagens causadas” (*Curso de direito administrativo*. 8 ed. Salvador: Podium, 2010, p.49-50).

Em relação ao direito administrativo, sua grande aplicação tem sido quanto ao controle dos atos discricionários, especialmente aqueles que imponham restrições ou condições ao exercício de direitos, bem como que determinem sanções administrativas. No caso concreto, se faz imperiosa uma análise para constatar se as restrições impostas são adequadas e justificadas pelo interesse público, porque, se não forem razoáveis, mesmo sendo ato praticado com base na discricionariedade, deverá ser anulado.

Ainda, o princípio da razoabilidade é usado para flexibilizar a interpretação de outros princípios. Exemplo típico é o princípio da isonomia, em que está se admitindo algum tipo de discriminação, desde que exista razoabilidade para tanto. Assim, admite-se que o edital de concurso exija a participação somente de mulheres, proibindo a participação de homens, desde que seja, por exemplo, para trabalhar em um presídio feminino. Ou, que um edital de licitação exija a participação somente de empresas de construção civil se o objeto da disputa for à construção de um prédio público.

2.5 Segurança jurídica

Pelo princípio da segurança jurídica, a Administração Pública deve tentar preservar os atos administrativos já praticados, não podendo anulá-los sem motivo. Deve, inclusive, se for possível, convalidá-los.

Na esfera federal, esse princípio está positivado no art. 54 da Lei 9.784/99, ao estabelecer que o “direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

Ocorre que, muitas vezes, a instabilidade gerada pela possibilidade diária de alteração dos atos já praticados é mais maléfica do que o próprio vício, em razão do impacto social que terá. Conforme sustenta José dos Santos Carvalho Filho, se:

“de um lado, não se pode relegar o postulado de observância dos atos e condutas aos parâmetros estabelecidas em lei, de outro é preciso evitar que situações jurídicas permaneçam por todo o tempo em nível de instabilidade, o que, evidentemente, provoca incertezas e receios entre os indivíduos” (Manual de direito administrativo. 19^aed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.29).

2.6 Motivação

De acordo com o princípio da motivação, os atos e decisões da Administração Pública devem ser motivados. Cumpre esclarecer, brevemente, que motivação não é a mesma coisa que motivo. Este é elemento do ato administrativo e corresponde aos pressupostos de fato e de direito que levaram o agente a prática do ato. Por outro lado, a motivação é a demonstração, a fundamentação, a exposição por escrito do motivo.

Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello esclarece que o fundamento constitucional da obrigação de motivar está:

“implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania com um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que Assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito” (Curso de direito administrativo. 15^aed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 102-103).

Ademais, também no texto constitucional, o art. 93, X, determina que “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”. Comentando esse dispositivo, Lucia Valle Figueiredo afirma que “[...] se, quando o Judiciário exerce função atípica – a administrativa – deve motivar, como conceber esteja o administrador desobrigado da mesma conduta” (Curso de direito administrativo. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.53).

CAPÍTULO 3

MODALIDADES DA LICITAÇÃO

O art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios. Trataremos sobre modalidades de licitação trazidas pela Lei 8.666/93, por meio deste conduzirão os processos administrativo licitatório, obedecendo os parâmetros legais no seu art. 22, que descreve cinco modalidades de licitações.

Art. 22. São modalidades de licitação:

I – Concorrência;

II – Tomada de preços;

III – Convite;

IV – Concurso;

V – Leilão;

VI – Pregão.

Além dessas modalidades, o Decreto Federal nº 3.555/00, inicialmente no âmbito da União, e posteriormente, a lei nº 10.520/02, agora em nível de União, Estado, Distrito Federal e Municípios, trouxeram ao nosso sistema jurídico a uma nova modalidade, denominada pregão.

Temos, assim, seis modalidades licitatórias no país, três delas (concorrência, tomada de preços e convite) para a contratação de serviços em geral, incluindo os de engenharia, e para aquisição de bens, a quarta modalidade (concurso), serve para a contratação de trabalho técnico ou artístico, a quinta modalidade (leilão), para a venda de bens móveis e imóveis da Administração Pública, e sexta e mais recente (pregão), para contratação e aquisição de bens e serviços comuns, independente do valor.

A escolha da modalidade a ser utilizada nesses casos dá-se em razão do valor do contrato a ser firmado, nos termos do art. 23 da Lei 8.666/93.

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I – para obras e serviços de engenharia:

- a) Convite – até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
- b) Tomada de preços – até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- c) Concorrência – acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II – para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

- a) Convite – até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- b) Tomada de preços – até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
- c) Concorrência – acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

3.1 Concorrência

A compreensão da modalidade “concorrência” é a universalidade ampla, publicidade, habilitação preliminar e o julgamento por comissão, também pode ser facilmente extraída do parágrafo 1º do art. 22 da Lei nº 8.666/93.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

Percebemos que a concorrência é a mais genérica das modalidades, podendo ser utilizada para qualquer contratação de serviços de engenharia, por exemplo, mesmo quando está não ultrapassar o valor de R\$ 1.500.000,00, prevista na alínea “c”, do inciso I, do art. 23 da Lei nº 8.666/93, é considerada de maior vulto.

3.2 Tomada de preços

Essa modalidade vem definitivamente definida no parágrafo 2º do art. 22 da Lei nº 8.666/93:

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderam a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

Do conceito supratranscrito, podemos de pronto, extrair a primeira diferença entre essa modalidade e a concorrência: da tomada de preços só podem participar os licitantes devidamente cadastrados ou preenchem os requisitos para cadastramento até o terceiro dia anterior à data designada no edital para recebimento das propostas, o que não existe na concorrência. O cadastro em regra, é feito junto ao banco de dados de fornecedores de órgãos ou entidades administrativas que promovem processos licitatórios constantemente, é considerada de médio vulto.

3.3 Convite

Chegamos finalmente, ao nosso estudo de fato e direito, também conhecido como Carta-Convite, essa modalidade possui uma característica particular na Administração Pública, como o próprio nome sugere, tem o dever de convidar para participar da licitação, pelo menos, três interessados no ramo do objeto licitado, é considerada a mais singular das modalidades, devendo primar sempre pela impessoalidade.

A definição da modalidade convite está hospedada no parágrafo 3º do art. 22 da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que

manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Vale ressaltar que, a Administração pode a fim de ampliar a competitividade do certame, convidar mais de três interessados, e deve admitir a participação daqueles que embora não convidados, manifestem interesse em participar da licitação com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas, evitando dessa forma, possíveis esquemas fraudulentos, o que é inadmissível.

Contudo, mesmo não havendo o comparecimento de todos os convidados, ou de pelo menos um, dos três licitantes, a licitação pode ser realizada, mediante a justificativa dessas circunstâncias no processo. O número de três se impõe à quantidade de convites e não de licitantes presentes no processo. É, em regra, a modalidade utilizada para as contratações que envolvem menores valores, até mesmo, pelas limitações impostas pelo art. 23 da Lei nº 8.666/93.

O que acontece na prática é um verdadeiro cartel, ou seja, um acordo explícito ou implícito entre os concorrentes, com o intuito de direcionar a licitação e os valores envolvidos, e em muitos casos, o agente público (pregoeiro) e/ou o gestor público (servidores dos cargos de confiança) ficam também com uma porcentagem, previamente estabelecido. Deixando-nos perplexos que, a impunidade domina no nosso país.

Entretanto, esses atos, além de ferir o Princípio Constitucional da Publicidade, deixando assim a Comissão Permanente de Licitação (CPL), a agir com má intenção aos demais licitantes que queiram participar do certame. Todavia, como atuamos em licitações a nível nacional, muitas vezes só necessitamos do edital, para verificar se a empresa do qual tenho vínculo atende ou não ao disposto do objeto ora licitado, a “coisa” é tão perversa e ilegal que, pequenas atitudes do agente público, acionam obstáculos do tipo: não atendendo ligações para fornecer informações, ou quando atende, se compromete a retornar e nunca proporciona o *feedback*, deixando assim o fornecedor perder prazo legal; evita também enviar o edital por e-mail. Na verdade, os obstáculos são muitos para não fornecer o edital, ferindo outro Princípio Constitucional da Igualdade entre os licitantes.

O número mínimo de 03 (três) convidados, pode também sofrer uma supressão, caso os convidados não atuarem mais no ramo de negócio pretendido pelo procedimento licitatório, ou simplesmente, não possuir estoque ou preço, nestes casos não é necessário que a Administração Pública refaça todo o procedimento, bastando justificar devidamente o ocorrido e contratar com os que remanesceram, mesmo que somente um ocorra ao pacto, podendo inclusive, como já dissemos acima, devido à urgência, contratar diretamente. A lei deixa abertura neste sentido, pois tem empresário que abre empresas no nome dos filhos, esposa e dele próprio, e são essas empresas que são convidados, formando mais uma vez o cartel e assim caracterizando direcionamento do certame, deixando a boa concorrência de lado e transformando-se em crimes na licitação.

Como é uma modalidade simplificada, não exige documentos mais complexos como: Alvará de licença para localização e funcionamento, contrato social registrado na junta comercial do Estado, balanço patrimonial com o termo de abertura e encerramento do exercício anterior autenticado também na junta comercial, dentre outros documentos favoráveis para ampla análise da empresa que irá fechar contrato com a Administração Pública. Por lei e na rotina do convite, apenas é exigida a regularidade da empresa junto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), além da Certidão Negativa de Débitos junto a Previdência Social (CND), acerca de seus funcionários, e a recente Certidão Negativa de Débito Trabalhista (CNDT), requisito universal de habilitação em todas as contratações públicas, Lei nº 12.440, de 07 de julho de 2011 e passando a vigorar em 04 de janeiro de 2012.

É oportuno mencionar que todos os exemplos citados acima, configuram-se em crimes contra a licitação, conforme a Lei 8.666/93 descreve entre os arts. 89 a 98 os tipos penais que abrange. Todos constituem infrações penais contra a licitação e, possuem como sujeitos ativos os licitantes, servidores públicos e pessoas a eles vinculadas.

Apresentaremos as infrações penais constantes do art. 89 a 98 da Lei nº 8.666/93 e o art. 99 que a eles é correlato.

Art.89 – Dispensa ou inexigibilidade ilegais de licitação

Dispõe o art. 89 da Lei 8.666/93:

“Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 03 (três) a 05 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. “Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público”.

Como é de notório conhecimento, a licitação é um procedimento administrativo prévio, obrigatório, realizado toda vez que a Administração Pública deseja contratar obras, serviços, compras, alienações e locações com terceiros.

Apenas em dois casos a licitação não é realizada: na hipótese de ser dispensada e na hipótese de ser inexigível.

A licitação dispensada ocorre nos casos em que não é realizada a licitação por razões de interesse público devidamente justificado, mesmo que haja possibilidade de competição entre os fornecedores. As suas hipóteses estão taxativamente dispostas na Lei de Licitações e Contratos administrativos, no art. 24.

A licitação inexigível ocorre nos casos em que não existe possibilidade de competição entre os fornecedores, vez que existe apenas um objeto ou uma pessoa que o forneça. A Lei 8666/93 apenas enumera os casos mais comuns, mas não os taxa como faz nos casos de licitação dispensável.

Bem, o dispositivo descreve que aquele dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, incorre em crime.

Este é o mais comum dos crimes de licitação. Possui como sujeito ativo o(s) servidor (es) público(s) responsável(is) pela licitação e/ou terceiro que tenha concorrido para a consumação da ilegalidade e que tenha se beneficiado com esta.

A pena é de detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 90 – Frustar ou fraudar competição em licitação

A infração penal disposta no art. 90 da Lei 8.666/93 viola de maneira frontal a finalidade da licitação (possibilitar a igualdade de oportunidades em competição entre terceiros para contratar com a Administração Pública, evitando apadrinhamentos, favoritismos e perseguições).

Portanto, aquele que frustra ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, pratica crime e está sujeito à pena de detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 91 – Patrocínio de interesse privado

Conforme determina o art. 91 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, constitui infração penal "Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário".

Entendeu por bem o legislador em tipificar como crime com pena de detenção, de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e multa.

Contudo, para que se configure o crime, deve ter havido a invalidação da licitação ou do contrato administrativo pelo Poder Judiciário, o que dificulta bastante a imposição desta pena.

Artigo 92 - Modificação ou vantagem contratual na fase executória.

O artigo 92 determina que constitui infração penal:

"Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar

fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:"

Para tal crime a pena é de detenção de 02(dois) a 04(quatro) anos, e multa.

Como se sabe, após a adjudicação (ato de atribuição ao vencedor do objeto da licitação) e durante a execução dos contratos, não pode haver qualquer modificação, a não ser nas hipóteses previstas em lei, edital ou em prévias cláusulas contratuais.

Por isso, qualquer ofensa a esta determinação é crime

O legislador entendeu por bem, ainda, acrescentar um parágrafo a este dispositivo para o caso de corrupção. Vejamos:

“Parágrafo único, art. 92. " Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais."

Art. 93 – Atentar contra ato do procedimento licitatório

Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório também configura crime, com pena de detenção, de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e multa.

Lembre-se que todos os que participam do procedimento licitatório tem o direito público subjetivo à fiel observância deste procedimento e que qualquer cidadão pode acompanhar o seu regular desenvolvimento (art. 4º da Lei 8.666/93).

Artigo 94 - Devassar o sigilo de proposta.

Diz o art. 94 da lei em estudo: Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena - detenção, de 02 (dois) a 03 (três) anos, e multa.

O sigilo das propostas apresentadas pelos licitantes até a análise destas para a verificação de viabilidade e/ou execução da contratação é ponto indispensável para que haja

igualdade entre os licitantes. Qualquer afronta a este sigilo é crime, pois atinge frontalmente o princípio da isonomia, gerando favoritismos entre os participantes.

Artigo 95 - Afastar ou tentar afastar licitante por meios ilegais.

A infração penal disposta no art. 95 da Lei 8.666/93 insulta os princípios licitatórios, pois deixa prevalecer às perseguições e corrupção tão presentes neste meio atualmente.

Destarte, configura crime afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo, com pena de detenção que varia de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, além de multa e da pena correspondente à violência.

Importa ainda registrar que aquele que se abstém ou desiste de licitar porque lhe foi oferecida vantagem, incorre na mesma pena.

Artigo 96 - Fraude à licitação.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena - detenção, de 03 (três) a 06 (seis) anos, e multa.

A prática de qualquer um destes atos equivale à fraude à licitação e são notoriamente atos que atentam contra o interesse público.

Artigo 97 - Licitação com quem não possui idoneidade

Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo, também é crime definido no art. 97 da lei em comento. E mais, a empresa ou profissional declarado inidôneo que contrate com o Poder Público também pratica crime e incorre na mesma pena daquele que o admite, ou seja, em detenção, de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e multa.

Artigo 98 - Frustrar a participação em licitação.

Veja como o delito disposto no art. 98 afronta a finalidade da licitação de possibilitar a todos a contratação com a Administração Pública:

"Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito."

Por isso, quem pratica este crime deve ser punido com detenção, de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e multa.

Artigo 99 - A multa.

Todos os crimes descritos pela Lei nº 8.666/93 são apenados com detenção e multa. A pena de multa consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base deve corresponder ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

Deve-se ter em mente ainda que:

- Os índices percentuais não podem ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação;

- O produto da arrecadação da multa deve sempre ser revertido conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.

De do exposto

3.4 Concurso

Diferente das três modalidades inicialmente analisadas, o concurso possui um objeto específico, qual seja a contratação de trabalho técnico, científico ou artístico, conforme observamos do parágrafo 4º do art. 22 da Lei nº 8.666/93.

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

Como bem leciona Marçal Justen Filho, o “concurso pressupõe o interesse da Administração em selecionar trabalho técnico ou artístico, exteriorizador de habilidade físico-intelectual ou revelador de certas capacidades personalíssimas, seja para fins de incentivo ao desenvolvimento cultural seja para obtenção de resultado prático imediato”.

3.5 Leilão

O leilão está assim definido no parágrafo 5º do art. 22 da Lei nº 8.666/93:

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis previstas no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Da definição supra, podemos extrair que o leilão, como modalidade licitatória, muito se aproxima dos leilões de animais promovidos por entidades particulares, por exemplo. A grande diferença é que, revestida da natureza de modalidade licitatória, o leilão é promovido pela Administração Pública, que há de zelar pela fiel observância dos princípios informadores de toda e qualquer licitação.

Tratando-se do leilão para alienação de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, devemos ressaltar que o mesmo só é possível se o objeto for lícito, razão pelo qual se mostra óbvio, por exemplo, que a Administração Pública não pode promover um leilão para vender uma carga de entorpecentes.

Por fim, devemos lembrar que o leilão para venda de bens imóveis só é permitido na hipótese prevista no art. 19 da Lei nº 8.666/93, ou seja, se a aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou dação em pagamento.

3.6 Pregão

Modalidade licitatória relativamente nova, introduzida pela Lei nº 10.520/02 no nosso sistema jurídico, pregão possui um procedimento diverso ao adotado nas outras modalidades, e é utilizado para aquisição de bens e serviços comuns.

Inicialmente, cabe ressaltar que muito se discute acerca do que sejam bens e serviços comuns, Doutrinariamente, partindo da análise do art. 1º, § 1º, da Lei nº 10.520/02, que traz o conceito legal de bens e serviços comuns (consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de caracteriza um bem ou serviço como comum é “sua padronização, ou seja, a possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência”.

Vale mencionar que o Decreto Federal nº 3.555/00, que regulamenta a matéria, traz, em, seu bojo, uma lista exemplificativa de quais são os bens e serviços comuns. É uma modalidade que veio para tentar dinamizar o processo licitatório, buscando uma menor formalidade e uma maior eficiência no processo como um todo. Tanto é assim, que as fases do processo são inversos ao que ocorre nas outras modalidades (concorrência, tomada de preços e convite): primeiro se analisam as propostas e posteriormente, os documentos de habilitação daquele licitante que tiver ofertado o menor preço.

Entretanto, é a única modalidade na qual é possibilitado aos licitantes, reduzirem os preços das propostas inicialmente ofertados, o que não é possível nas outras modalidades utilizadas para os mesmos fins (aquisição de bens e serviços).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme vimos ao longo do estudo, o convite é a modalidade mais simples de licitação, por essa razão, permite a facilitação entre corrupto e corruptores, pois é somente utilizada para celebração de contratos de menor valor, é importante lembrar que, quando o valor do contrato é muito reduzido, a Lei 8.666/93 permite a possibilidade da Administração Pública, dispensar a licitação, constituindo a hipótese de licitação dispensável expressamente prevista nos incisos I e II do Art. 24. Portanto, o fato dessa modalidade não prescindir de ampla divulgação, em DOU – Diário Oficial da União e/ou jornais com grande circulação, bastando que se afixe o Edital em lugar de fácil acesso, também afigura-se dúbio, pois o conceito de local de fácil acesso e visibilidade, a nosso ver, fere o princípio constitucional da ampla publicidade, facilitando dessa forma a fragilidade da modalidade convite na gestão de compras.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M. **Direito Administrativo**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil - 1988** (NOVA). Brasília (2010).

Brasil. Decreto n.3.555, de 8 de agosto de 2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3555compilado.htm. Acesso em: 15 set. 2014.

Brasil. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Aprova e Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, 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 18 set. 2014.

Brasil. Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992. Aprova e Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 18 set. 2014.

Costa, Eduardo Ganymedes./ Noções Gerais de Direito. / Eduardo Ganymedes Costa. – Curitiba: IESDE Brasil S.A. , 2008. 218p.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. São Paulo. Atlas, 2000.

DROMI, J. R. **La licitacion pública**. Buenos Aires, 1975.

GASPARINI, Diogenes – **Direito Administrativo**. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

GREGO FILHO, Vicente – **Dos Crimes da Lei de Licitações**, São Paulo, Saraiva, 1994.

JUSTEN FILHO, Marçal, **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Aide, 1995.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo. Malheiros, 2000.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro** - 19ª edição. São Paulo. Malheiros-1994.

MUKAI, Toshio, **Licitações e contratos públicos**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.