

**FACER – FACULDADES – UNIDADE DE RUBIATABA**  
**CURSO DE DIREITO**

**LICITAÇÃO: POSSIBILIDADE DE FRAUDES NA**  
**MODALIDADE CONVITE E A RESPONSABILIZAÇÃO NA**  
**LEI nº 8.666/93**

Orientador: Prof. Esp. Rogério Gonçalves Lima

Orientanda: Suelen Terra da Silva

**RUBIATABA-GO**

**2014**

**FACER – FACULDADES – UNIDADE DE RUBIATABA**  
**CURSO DE DIREITO**



SUELEN TERRA DA SILVA

**LICITAÇÃO: POSSIBILIDADE DE FRAUDES NA  
MODALIDADE CONVITE E A RESPONSABILIZAÇÃO NA  
LEI nº 8.666/93**

Monografia Jurídica apresentada no Curso de Direito da FACER – Faculdades – Unidade de Rubiataba, sob a orientação do professor Rogério Gonçalves Lima, especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil.

5-05.14707

Tombo nº:	20468
Classif:	
Ex:	1
Origem:	dl
Data:	25-05-15

**RUBIATABA-GO**

**2014**

## FOLHA DE APROVAÇÃO

**Suelen Terra da Silva**

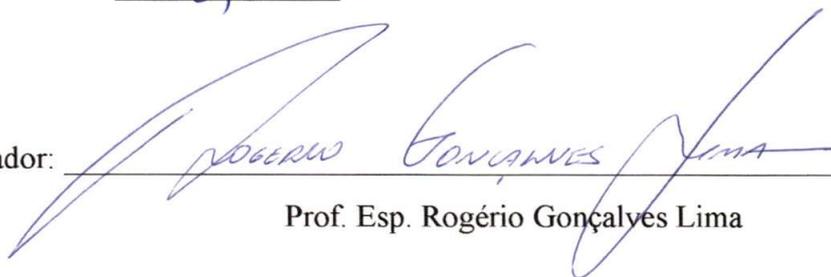
**Licitação: Possibilidade de Fraudes na Modalidade Convite e a  
Responsabilização na Lei nº 8.666/93**

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA  
FACER – FACULDADES – UNIDADE DE RUBIATABA

RESULTADO: 10,0

Orientador:



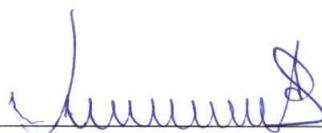
Prof. Esp. Rogério Gonçalves Lima

1º Examinador:



Prof. Esp. Edilson Rodrigues

2ª Examinadora:



Profª. Esp. Nalim Rodrigues Ribeiro Almeida da Cunha

**RUBIATABA**

**2014**

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso visa à exposição das principais características da modalidade de licitação conhecida como Convite, estabelecendo uma discussão acerca das suas fragilidades que podem ensejar fraudes no procedimento licitatório, resultando, assim, em crimes tipificados na Lei nº 8.666/93, que é a Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Neste contexto, trata-se de aspectos gerais da licitação, englobando um breve histórico, respectivos conceitos, legislações pertinentes, aplicação de princípios tanto constitucionais quanto administrativos, tipos licitatórios, as modalidades, com ênfase na modalidade Convite, destringindo suas peculiaridades, discorrendo sobre o seu processo administrativo e a listagem das principais peças que o integram, sua fase externa, seu julgamento, bem como os aspectos gerais das normas penais referentes à licitação, destacando o conceito de funcionário público para maior compreensão no que diz respeito aos sujeitos ativos dos crimes licitatórios, apresentando-se casos concretos em que houve fraudes na modalidade Convite e, por fim, os tipos penais previstos na Lei de licitações.

Palavras – chave: Licitação, Modalidade Convite, Lei nº 8.666/93, Fraudes, Crimes Licitatórios.

## **ABSTRACT**

This course conclusion work aims to show the main form of bidding characteristics known as Invitation, establishing a discussion about their weaknesses that could lead to fraud in the bidding process, thus resulting in specific offenses in Law n° 8.666/93, which is the Federal Law of Tenders and Contracts Public Administration. In this context, it is of general aspects of bidding, covering a brief history, its concepts, relevant legislation, implementing both constitutional as administrative principles, tender types, procedures, emphasizing the invitation mode, unraveling its peculiarities, discussing the its administrative file and the listing of the main pieces that integrate it, its external phase, your judgment, and the general aspects of criminal rules for the bidding, highlighting the concept of a public official to greater understanding in respect of active subjects of bidding crimes, presenting concrete cases where there was fraud in the Invitation mode and, finally, the criminal offenses provided in the bidding Law.

**Keywords:** Bidding, Invitation Mode, Law n° 8.666/93, Fraud, Offenses Bidding.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

*apud* – citado por

art. – artigo

arts. – artigos

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CND – Certidão Negativa de Débito

CNPJ – Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica

CP – Código Penal

CR – Certificado de Regularidade

DOU – Diário Oficial da União

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

*jus puniendi* – Direito de punir exercido pelo Estado

nº – número

n<sup>os</sup> – números

p. – página

pp. – páginas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

§ – parágrafo

§§ – parágrafos

% – por cento

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	8
2 ASPECTOS GERAIS DA LICITAÇÃO .....	12
2.1 Breve Histórico .....	12
2.2 Conceito .....	13
2.3 Legislação .....	15
2.4 Princípios Aplicáveis .....	16
2.4.1 Princípio da Legalidade .....	17
2.4.2 Princípio da Impessoalidade .....	17
2.4.3 Princípio da Moralidade e da Probidade .....	18
2.4.4 Princípio da Publicidade .....	18
2.4.5 Princípio da Isonomia ou Igualdade .....	18
2.4.6 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório .....	19
2.4.7 Princípio do Julgamento Objetivo .....	20
2.4.8 Princípio da Adjudicação Compulsória .....	20
2.4.9 Princípio da Ampla Defesa .....	21
2.4.10 Princípio da Competitividade .....	21
2.4.11 Princípio do Formalismo Procedimental .....	21
2.4.12 Princípio da Vedação à Oferta de Vantagens .....	22
2.5 Tipos de Licitação .....	22
3 MODALIDADES DE LICITAÇÃO .....	25
3.1 Aspectos gerais .....	25
3.2 Concorrência .....	25
3.2.1 Procedimento .....	26
3.3 Tomada de preços .....	28
3.3.1 Procedimento .....	29
3.4 Concurso .....	29

3.4.1 Procedimento .....	30
3.5 Leilão.....	30
3.5.1 Procedimento .....	31
3.6 Pregão.....	31
3.6.1 Procedimento .....	32
3.7 Consulta.....	33
3.8 Convite .....	34
3.8.1 Procedimento .....	35
4 A MODALIDADE CONVITE.....	36
4.1 Peculiaridades .....	36
4.2 O Processo Administrativo.....	39
4.3 Fase externa e julgamento .....	42
4.4 Peças do Processo Administrativo .....	45
5 POSSÍVEIS FRAUDES E CRIMES .....	47
5.1 Aspectos gerais das normas penais licitatórias.....	47
5.2 Conceito de funcionário público na Lei nº 8.666/93 e as consequências penais.....	50
5.3 A participação de empresas diferentes com o mesmo quadro societário na modalidade Convite: visão do TCU .....	51
5.4 Condenação de Ivo Cassol pelo STF por fraude em licitação.....	52
5.5 Tipos penais da Lei nº 8.666/93.....	54
6 CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS .....	61

# 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral averiguar as possíveis fraudes que sobreveem na modalidade de licitação conhecida como Convite, tendo por objetivos específicos explicar o conceito, os princípios e os tipos de licitação; explanar sobre as modalidades licitatórias; priorizar a análise acerca do Convite expondo suas características, seu procedimento e suas peculiaridades; e, por fim, fazer um estudo referente às fragilidades existentes nessa modalidade, que dão margem a possíveis práticas de atos de improbidade que acabam por caracterizar crimes contra a Administração Pública, demonstrando as respectivas sanções aplicadas pela Lei nº 8.666/93.

A problemática do presente trabalho está no fato de que no Brasil, a licitação é um procedimento administrativo, em regra, obrigatório para as entidades que desejam contratar com a Administração Pública. A Lei nº 8.666/93 foi criada para regulamentar as etapas desse procedimento, a fim de alcançar o objetivo principal da licitação: a melhor contratação para o ente público. É imprescindível que os princípios que regem os atos administrativos sejam observados no procedimento licitatório. São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade. Todavia, nem sempre esses princípios são respeitados, o que acaba por resultar em inúmeros problemas causados pelas fraudes nas licitações, especialmente na modalidade Convite.

Assim, a justificativa deste trabalho se baseia no fato de que a atividade exercida pela Administração Pública é variada, tem caráter múltiplo, complexo, há vários aspectos distintos que a caracterizam, mas, sobretudo, deve sempre ter como objetivo principal a observância do interesse público para que haja a boa e regular execução dos serviços públicos, sendo imprescindível o cumprimento dos princípios constitucionais que norteiam os atos administrativos.

Importante dizer que a Lei nº 8.666/93 apresenta cinco modalidades de licitação: Concorrência, Tomada de preços, Convite, Concurso e Leilão. A Lei nº 9.472/97 regulamenta a modalidade conhecida como Consulta, que é exclusivamente utilizada pela ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), já a Lei nº 10.520/2002 disciplina a modalidade chamada Pregão.

O Convite caracteriza-se por ser a modalidade usada quando os contratos são de pequeno vulto (preço). Nessa modalidade são exigidos, no mínimo, três interessados habilitados escolhidos pela própria entidade obrigada a licitar, permitindo-se, também, a

participação de interessados que manifestem interesse com antecedência de até vinte e quatro horas da data marcada para a apresentação das propostas.

No caso de objetos em que exista a possibilidade de convidar um maior número de empresas, se apenas uma empresa se apresenta e propõe preço, a Administração estaria obrigada a anular esse processo e repetir o procedimento convidando outros interessados, para que seja atingido o número mínimo de três propostas. Nesse caso, por questão de ordem moral, seria necessário que houvesse a publicação do aviso da licitação na imprensa oficial ou em outro órgão de grande circulação na localidade, para que se alcançasse o maior número possível de interessados, ainda que não estivessem cadastrados.

Ao comparar o Convite às demais modalidades licitatórias, nota-se que há nítidas diferenças. O Convite é cheio de peculiaridades, dentre elas a desnecessidade do edital. Porém, ao estudar o disposto no art. 38, incisos I e III, da Lei nº 8.666/93, percebe-se que o legislador deixou claro que há desnecessidade de edital para o caso de pequenas unidades administrativas.

Em relação às fraudes ocorrentes no Convite, inclui-se, por exemplo, participantes não habilitados, favorecimento de terceiros, apresentação de propostas de preços bem acima daqueles aplicados no mercado, entre outros, e essas condutas ilícitas, conseqüentemente, geram o enriquecimento das empresas que são favorecidas e enorme prejuízo ao erário.

Vale salientar que a maior parte das condutas incriminadas na Lei nº 8.666/93, antes de sua vigência, tinham sua tipificação prevista no Código Penal. Com a entrada em vigor da referida lei, a mesma passou a prevalecer sobre o Código Penal em relação às condutas tipificadas em ambos, devido ao princípio da especialidade. Com isso, houve a revogação dos crimes licitatórios que eram previstos no Código Penal, uma vez que os mesmos estão atualmente previstos na Lei de licitações.

Os crimes previstos na Lei nº 8.666/93 são de ação penal pública incondicionada, cabendo, portanto, ao Ministério Público propô-la, conforme está previsto no art. 100 da referida lei. E acerca das sanções penais previstas na Lei de licitações, pode-se citar as penas de prisão, de multa, restritiva de direitos, e outras medidas alternativas, como, por exemplo, a transação penal, cabível nas espécies delitivas licitatórias consideradas de menor potencialidade ofensiva, que estão previstas nos arts. 91, 93, 97 e 98 da mesma lei.

Pelo disposto nos arts. 104 a 107, da Lei de licitações, observa-se que há a previsão de um rito especial para o processo penal dos crimes licitatórios. Considerando que as modalidades penais licitatórias, em sua maioria, são crimes funcionais, surge a dúvida

sobre qual rito procedimental adotar, se é o previsto no Código de Processo Penal, o previsto na Lei nº 8.666/93, ou os dois combinados. Entende-se, portanto, que antes do recebimento da denúncia ou queixa, deverá ser observado o rito previsto no Código de Processo Penal, e, após, observar-se-á o rito previsto na Lei de licitações. Nesse sentido, quando o crime for de menor potencial ofensivo, o rito adotado será o comum sumaríssimo, que está previsto na Lei nº 9.099/95.

Nota-se que é de suma importância a adoção de medidas para se coibir essas operações jurídicas ilícitas, sendo imprescindível o exercício de fiscalização mais rígida e efetiva dos atos e gastos feitos pelos gestores e órgãos públicos, a fim de acabar com tamanha incidência de crimes nas licitações, em especial na modalidade alvo deste trabalho.

No primeiro capítulo desta pesquisa abordam-se os aspectos gerais da licitação contendo um breve histórico sobre como surgiu a licitação e como se deu a sua evolução até os dias atuais. Do mesmo modo, são apresentados alguns conceitos legais e doutrinários acerca da licitação para se compreender melhor o que é esse procedimento. Na oportunidade também se explanou sobre as legislações pertinentes que além da Lei nº 8.666/93, engloba-se diversas outras leis esparsas, algumas que regulam modalidades licitatórias específicas.

Neste mesmo capítulo, explica-se a aplicabilidade de diversos princípios ao procedimento licitatório, sendo eles constitucionais e administrativos, tais como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, isonomia, vinculação ao instrumento convocatório, ampla defesa, competitividade, dentre outros. Ademais, também se apresenta os tipos de licitação que são os critérios utilizados pela Administração para a escolha da melhor proposta.

Por conseguinte, no segundo capítulo se trabalha especificamente com as modalidades de licitação, que de modo algum se confundem com os tipos, vez que aquelas indicam qual procedimento irá reger a licitação, definem quais bens ou serviços poderão ser licitados em cada modalidade dependendo do valor agregado a eles. Vale dizer que, atualmente, as modalidades licitatórias são Concorrência, Tomada de Preços, Concurso, Leilão, Pregão, Consulta e Convite.

Já no terceiro capítulo passa-se a análise da modalidade Convite, demonstrando suas peculiaridades, como acontece o processo administrativo desde a elaboração da carta-convite, que é o instrumento convocatório desta modalidade, passando pela fase externa, pelo seu julgamento, a escolha das propostas, o pagamento dos bens e

serviços. Neste mesmo contexto, lista-se as principais peças que garantirão o devido andamento e maior transparência ao procedimento.

Não obstante, no quarto, e último, capítulo aborda-se a esfera penal da Lei nº 8.666/93, mas para uma melhor compreensão acerca da temática, optou-se por, primeiramente, explicar os aspectos gerais das normas penais licitatórias, por conseguinte, abordar o conceito de funcionário público, pois é bastante pertinente quando se trata dos sujeitos ativos dos tipos penais da mencionada lei. Também, neste capítulo, ficou evidenciada a possibilidade de fraudes na modalidade Convite por meio da exposição de casos concretos e, por fim, explanou-se acerca dos tipos penais previsto na Lei de licitações que punem o funcionário público ou, até mesmo, um particular quando as fraudes acontecem.

A técnica de pesquisa utilizada para a construção da metodologia do presente trabalho será feita por meio de documentação indireta, abrangendo a pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos, projetos de monografia científica e em textos publicados na internet referentes ao tema escolhido, tendo ainda como fulcro a legislação pátria e a Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública (Lei nº 8.666/93).

Assim, se trabalhará com a compilação de dados, sendo feito um exame do pensamento de diversos autores acerca do tema objeto da monografia. Já com relação ao método científico de abordagem adotado neste trabalho, será o hipotético-dedutivo. Esse método é considerado uma das formas mais importantes do método científico, em que os respectivos cientistas formulam hipóteses acerca de um determinado problema e as verifica definindo sua validade ou não na explicação do problema em estudo.

O método hipotético dedutivo é considerado lógico por excelência, achando-se, historicamente, relacionado com a experimentação, por esse motivo é tão utilizado nas pesquisas das ciências naturais. Estabelecer uma distinção entre o método hipotético dedutivo e o indutivo não é fácil, já que ambos se fundamentam na observação. A diferença é que o primeiro não se limita à generalização empírica das observações realizadas, ou seja, não se prende às descrições que resultam da imaginação a partir da experiência intelectual, podendo-se chegar à construção de teorias e leis, pois esse método nos permite passar do senso comum à descrição científica.

Diante disso, trabalhar-se-á com a pesquisa bibliográfica e será, portanto, objeto de compilação, a citação de pensamento de vários autores, os quais desenvolvem suas pesquisas acerca do tema em epígrafe, para que se possa ter a realização de análise crítica e construtiva das respectivas ideias para a construção teórica do presente trabalho de conclusão de curso.

## 2 ASPECTOS GERAIS DA LICITAÇÃO

Neste capítulo serão trabalhados os aspectos mais relevantes para a construção do entendimento referente ao procedimento administrativo conhecido como Licitação, de modo que será apresentado um breve histórico, o seu conceito, a legislação que a regulamenta, os princípios que lhe são aplicáveis, bem como os tipos licitatórios existentes.

### 2.1 Breve Histórico

A Europa Medieval é considerada o berço da licitação. Nesse período surgiu a necessidade de se adquirir determinados objetos ou realizar alguns serviços. Para tentar sanar essa carência, o Estado Medieval distribuía avisos em que constavam condições que os interessados deveriam observar para formular suas propostas.

Nessa época, o procedimento era conhecido como vela e pregão. Nos avisos supracitados ficava estabelecido o horário, dia e lugar onde os interessados e um representante do Estado se reuniriam, sendo que os primeiros ofereceriam lances até que a vela apagassem e o vencedor do procedimento seria aquele que houvesse dado o lance com o menor preço. Essas práticas tiveram fim por volta do século XIX, com o surgimento do Estado liberal.

Ao se falar em licitação aborda-se um instituto de direito público que se faz presente na história brasileira há mais de cento e cinquenta anos. Atualmente, no Brasil, a Lei nº 8.666/93 é a principal legislação que regulamenta o procedimento licitatório. Porém, antes que se chegasse a ela ocorreram inúmeras transformações. A primeira norma a abordar o tema foi o Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, que continha 39 artigos e regulamentava as compras e alienações, sendo complementado por outras leis.

Anteriormente à edição da Lei nº 8.666/93, quando havia a prática de uma conduta ilícita por parte dos agentes públicos nas contratações com a Administração Pública que gerava danos ao erário público e ofendia a moralidade administrativa, era no Código Penal que deveria ser encontrada a tipicidade de tal conduta. Porém, os dispositivos presentes no Código Penal que tratavam especificamente de licitação eram poucos, pois eram apenas três, quais sejam os arts. 326, 335 e 336.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a licitação passou a ser tratada como princípio constitucional em seu art. 37, inciso XXI. A partir daí, surge a necessidade de se criar uma lei que abarcasse de forma específica o procedimento licitatório e

que regulamentasse o referido dispositivo legal da Constituição. A Lei nº 8.666/93 é considerada um marco na história licitatória brasileira, pois veio como resposta à necessidade de se tratar especificamente sobre a licitação e os contratos realizados pela Administração Pública, não abarcando apenas o âmbito penal, e sim vários outros ramos do Direito.

Dentre as notáveis inovações trazidas pela referida lei, a que teve maior destaque foi a questão penal, uma vez que esse diploma legal passou a tratar de forma específica os crimes ofensores da moralidade administrativa e outros bens relacionados ao procedimento licitatório, tipificando as condutas passíveis de penalidades. Conforme Freitas (2013, p. 6), “este aspecto representou um grande avanço na disciplina penal das contratações da Administração Pública, pelo que em vez de termos as disposições penais da Lei de Licitações como ‘natimortas’, devemos, ao revés, colaborar para sua efetiva aplicação”.

A Lei de licitações é uma lei nacional, uma vez que se aplica à Administração direta e indireta (autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas), e é também lei geral, pois disciplina as regras bases e fundamentais da licitação, cabendo aos entes públicos a observância inescusável de seus comandos legais.

## **2.2 Conceito**

Licitação é um procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública e os que são por ela controlados ficam incumbidos de selecionar a proposta mais vantajosa entre aquelas oferecidas pelos interessados, tendo por objetivo principal a celebração de contrato com o ente público ou obter o melhor trabalho que pode ser técnico, artístico ou científico.

Assim, a licitação tem o objetivo de permitir que a Administração Pública garanta os direitos subjetivos de todos os interessados em contratar com ela, criando condições favoráveis para a escolha da melhor proposta. Ressalte-se que, nesse procedimento, o administrador público está sempre sob o comando do princípio da legalidade, uma vez que a ele só é permitido fazer o que a lei lhe autorizar.

O procedimento licitatório, em geral, é repleto de peculiaridades. Possui regras e legislação próprias, sendo obrigatório para a contratação junto à Administração Pública, exceto nos casos em que a licitação é dispensada ou inexigível, e tem o objetivo principal de impedir ou, pelo menos, diminuir a incidência de condutas ilícitas de maus

administradores que ao invés de agirem em detrimento do interesse público, priorizam seus próprios interesses ou de terceiros interessados em obter vantagens nesse procedimento. Para José Roberto Dromi (*apud* Di Pietro, 2012, p. 368), a licitação pode ser definida como:

O procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função pública, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas entre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Ao esmiuçar o conceito acima descrito, observa-se a necessidade de explicar algumas expressões. Ainda de acordo com Di Pietro (2012, p. 368), quando se fala em “procedimento administrativo”, refere-se a inúmeros atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração. A licitação caracteriza-se por atos e fatos tanto da Administração quanto do licitante que são primordiais para se formar a vontade contratual. Pode-se citar como atos e fatos provenientes da Administração o edital ou o convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, o julgamento de recursos, a revogação, a anulação, os projetos, as publicações, os anúncios, as atas, dentre outros. Já em relação ao licitante temos os seguintes atos e fatos: a retirada do edital, a proposta, a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de recursos e as impugnações.

Em relação à expressão “ente público no exercício da função administrativa”, têm-se que todas as entidades privadas, ainda que possuam personalidade jurídica de direito privado, que estejam exercendo função pública, são obrigadas a se submeter ao procedimento licitatório, como, por exemplo, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações.

Por meio da licitação, a Administração Pública “abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório” a possibilidade de formulação e apresentação de propostas. O instrumento convocatório (edital ou convite) deve explicitar quais as regras básicas para a participação daquela licitação, bem como as normas que devem ser observadas na celebração do contrato administrativo. Por isso, afirma-se que o edital é a lei da licitação. Tanto a Administração quanto o interessado ficam vinculados ao disposto no instrumento convocatório, não podendo, em regra, haver alterações por parte do ente administrativo nem apresentação de proposta ou documentação que se restem contrárias ao disposto no edital ou convite.

A expressão “possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará a mais conveniente para a celebração de contrato” se baseia no fato de que no

direito privado há a prevalência do princípio da autonomia da vontade, uma vez que o contrato é celebrado pela apresentação de uma oferta por uma parte e pela respectiva aceitação dessa oferta pela outra parte. Com isso, no Direito Administrativo, a licitação pode ser compreendida como sendo uma oferta dirigida àqueles que preencham os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório. Assim, os interessados apresentarão suas propostas de acordo com tais requisitos e a Administração poderá aceitá-las ou não, pois cabe a ela escolher a que for mais vantajosa, observando sempre com primazia o interesse público.

Neste contexto, têm-se como finalidades primordiais da licitação a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, a garantia de isonomia entre os licitantes e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, conforme preceito do art. 3º, caput, da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

### **2.3 Legislação**

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, (Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública) que regulamentou o inciso XXI, do art. 37, da Constituição brasileira de 1988, instituiu normas para as licitações e contratos da Administração Pública, entre outras providências. No entanto, a Lei nº 8.666/93 acabou sendo alterada pelas Leis nºs 8.883, de 08/06/94; 9.648, de 27/05/98; 9.854, de 27/10/99; 10.438, de 26/04/02; 10.973, de 02/12/04; 11.079, de 30/12/04; 11.107, de 06/04/05; 11.196, de 21/11/05; 11.445, de 05/01/07; 11.481, de 31/05/07; 11.484, de 31/05/07; e Medida Provisória nº 495, de 19/07/10, que foi convertida na Lei nº 12.349, de 15/12/10; e 12.440, de 07/07/11.

Em consonância ao que lecionou a Câmara dos Deputados, a Lei de licitações e contratos da Administração Pública é um importantíssimo instrumento de solidificação do regime democrático do Brasil. Considerando que a democracia parte de dois planos essenciais, quais sejam a igualdade de tratamento e a liberdade de ação, pode-se dizer que a referida lei contribui diretamente para a reafirmação do regime democrático brasileiro, uma vez que assegura aos particulares liberdade para participar de licitações de forma igualitária.

A Lei nº 8.666/93 procura inibir possíveis favorecimentos ilegítimos que prejudicam o interesse público, propiciando maior racionalidade e qualidade no que se refere aos gastos públicos. Quando há a convocação de interessados em fornecer bens e/ou serviços à Administração Pública por meio de instrumento convocatório, torna-se obrigatória a aplicação da Lei de licitações, sendo imprescindível a observância dos princípios de igualdade

e transparência quando da seleção das propostas mais vantajosas para suprir as necessidades do setor público.

É por meio do procedimento licitatório que os princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, que são impostos à Administração Pública no exercício de suas funções, são, ou deveriam ser, concretizados, pois eles têm o objetivo de inibir o desvio dos recursos públicos e propiciar o atendimento de forma adequada ao cidadão.

Vale salientar que a Lei nº 8.666/93 consagra apenas cinco das sete modalidades de licitação, assunto que será tratado de forma específica em capítulo posterior. Porém, uma vez que aqui está se tratando da legislação pertinente ao procedimento licitatório, cabe, portanto, expor quais são as modalidades licitatórias para se saber quais leis são aplicáveis às mesmas. A Lei de licitações apresenta as modalidades de Concorrência, Tomada de preços, Convite, Concurso e Leilão. As outras duas modalidades são abarcadas por legislações específicas. A Lei nº 9.472/97 regulamenta a modalidade conhecida como Consulta, que é exclusivamente utilizada pela ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e a Lei nº 10.520/2002 disciplina a modalidade chamada Pregão.

Não se deve esquecer que a Constituição Federal de 1988 também consagra em alguns de seus dispositivos legais regramentos acerca do procedimento licitatório. Em seu art. 37, inciso XXI, instituiu o dever de licitar, asseverando que salvo os casos previstos em legislação especial, as obras, serviços, compras e alienações devem ser contratados mediante a realização de licitação pública que deverá assegurar igualdade de condições aos licitantes, com cláusulas que deverão estabelecer as obrigações de pagamento, mantidas as condições estabelecidas na proposta, nos termos da lei, sendo admitidas apenas as exigências de qualificação técnica e econômica quando forem indispensáveis para garantir o cumprimento das obrigações.

#### **2.4 Princípios Aplicáveis**

Não há unanimidade entre os doutrinadores na indicação dos princípios aplicáveis à licitação. Em conformidade com o art. 37, caput, da CF/88, são princípios indispensáveis à licitação: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. O art. 3º, da Lei nº 8.666/93, traz, além dos princípios já elencados acima que estão previstos na Constituição, os princípios da isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e outros princípios que lhe sejam correlatos.

Diante disso, serão trabalhados neste tópico os seguintes princípios informativos da licitação: legalidade, impessoalidade, moralidade e probidade, publicidade, isonomia ou igualdade, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, adjudicação compulsória, ampla defesa, competitividade, formalismo procedimental e vedação à oferta de vantagens.

#### **2.4.1 Princípio da Legalidade**

O princípio da legalidade é de extrema importância quando se trata de licitação, pois assegura um procedimento totalmente vinculado ao estabelecido em lei. Todas as fases da licitação estão previstas na Lei nº 8.666/93, cujo art. 4º estabelece que “todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei [...]”. Com isso, o licitante que se sentir prejudicado pela não observância da legislação pertinente pode impugnar o procedimento judicialmente para ter seu direito resguardado.

A Lei de licitações prevê várias formas de controle da legalidade do procedimento através da participação do povo, as quais se encontram em seus arts. 4º, 41, §1º, 101 e 113, §1º. Assim, conforme Di Pietro (2012, p. 379), houve a ampliação das formas de controle externo e interno do procedimento licitatório e a caracterização de vários tipos de fatos e comportamentos como crimes, que antes se enquadrariam apenas no rol das infrações administrativas ou estavam regulamentados no Código Penal como crimes contra a Administração Pública ou, ainda, definidos como atos de improbidade pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

#### **2.4.2 Princípio da Impessoalidade**

O princípio da impessoalidade encontra-se relacionado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo quando se fala em licitação, uma vez que todos os licitantes devem ser tratados de forma igualitária em relação a direitos e deveres, devendo a Administração Pública abster-se de levar em conta os aspectos pessoais do licitante e as vantagens oferecidas por ele, a não ser que estejam devidamente previstas na legislação ou no instrumento convocatório.

### **2.4.3 Princípio da Moralidade e da Probidade**

O princípio da moralidade impõe à Administração na execução de suas funções um comportamento lícito, em conformidade à moral, aos bons costumes, às regras da boa administração, aos princípios de justiça e igualdade. A Lei nº 8.666/93, em seu art. 3º, menciona, além do princípio da moralidade, o princípio da probidade administrativa que obriga a Administração a observar a honestidade em todos os seus atos.

O conceito de moralidade é mais abrangente se comparado ao conceito de probidade, pois esta se encontra mais definida nas normas, sendo que a própria Constituição prevê sanções para o servidor que incidir em práticas que são caracterizadas como atos de improbidade administrativa, estando tais sanções previstas no art. 37, §4º, da Carta Magna. Esses atos de improbidade administrativa estão igualmente previsto na Lei nº 8.429 e na Lei nº 8.666/93, que em seus arts. 89 a 99 pune esse tipo de infração.

### **2.4.4 Princípio da Publicidade**

O princípio da publicidade está igualmente previsto no art. 37, caput, da CF/88 e no art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93. Esse princípio não está vinculado apenas à questão da ampla divulgação do procedimento licitatório para que todos tenham conhecimento, mas também aos atos praticados pela Administração Pública durante o procedimento.

A publicidade deve ser mais rígida à medida que o procedimento apresente maior competitividade entre os licitantes, assim, esse princípio é imperioso na modalidade de concorrência, uma vez que se busca angariar o maior número possível de interessados, mas por outro lado a publicidade se reduz consideravelmente na modalidade de convite, pelo fato de o valor do contrato ser considerado de pequeno vulto (valor).

### **2.4.5 Princípio da Isonomia ou Igualdade**

O princípio da isonomia ou igualdade constitui um dos alicerces do procedimento licitatório, uma vez que permite à Administração selecionar a proposta que melhor lhe convier e assegura aos licitantes igualdade de direitos na contratação com o ente público. Esse princípio está previsto no art. 37, inciso XXI, da CF/88, que institui a impossibilidade de haver condições que atribuam vantagens em favor de alguns licitantes em

relação aos demais, somente sendo permitidas as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Esse princípio se acha também previsto na Lei de licitações em dois momentos: quando é posto como uma das finalidades da licitação e quando se atribui a ele o próprio status de princípio informativo da licitação. A Lei nº 8.666/93, em seu art. 3º, §1º, inciso II, dá outra aplicação a esse princípio quando veda, expressamente, aos agentes públicos:

Art. 3º. [...]

§1º [...]

II – estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere à moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvados o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Depara-se com o princípio da isonomia em vários outros dispositivos da Lei nº 8.666/93, como, por exemplo, em seu art. 30, §5º, quando é vedada, para fins de habilitação, a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas na lei, que inibam a participação no procedimento licitatório; em seu art. 42, §3º, quando prevê que “as garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro”; dentre outros dispositivos.

#### **2.4.6 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório**

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório está previsto no art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93, além de seu significado estar expresso no art. 41, da mesma lei, o qual reza que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. E ainda, em seu art. 43, caput, e inciso V, exige que a licitação seja processada e julgada em conformidade aos critérios de avaliação estabelecidos no edital.

Esse princípio é dispensado tanto à Administração quanto aos licitantes que em nenhuma hipótese podem deixar de cumprir as exigências contidas no instrumento convocatório. Se, por exemplo, os interessados não apresentarem a respectiva documentação

exigida serão inabilitados e receberão de volta o envelope que contém suas propostas, devidamente lacrado, como está estabelecido no art. 43, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

#### **2.4.7 Princípio do Julgamento Objetivo**

O princípio do julgamento objetivo se origina do princípio da legalidade, uma vez que as propostas devem sempre ser julgadas em concordância aos requisitos estabelecidos no instrumento convocatório (edital ou convite). O art. 45, caput, da Lei nº 8.666/93, prevê esse princípio quando institui que:

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

O §1º, do mesmo dispositivo legal, para efeitos de julgamento das propostas, institui, em seus incisos, os tipos de licitação, quais sejam: menor preço, melhor técnica, técnica e preço, e maior lance ou oferta. Sendo que os requisitos estabelecidos no referido parágrafo não são aplicados às modalidades licitatórias de concurso e pregão.

#### **2.4.8 Princípio da Adjudicação Compulsória**

O princípio da adjudicação compulsória impõe à Administração Pública a impossibilidade de atribuir o objeto da licitação a quem não tiver vencido o procedimento. A adjudicação resta-se obrigatória, a não ser que o vencedor da licitação desista expressamente do contrato ou não o convencie no prazo estabelecido, salvo se comprovar que não o fez por motivo justificável.

É importante salientar que o vencedor da licitação tem direito à adjudicação, porém não ao contrato imediato. Isso ocorre porque a Administração pode, quando houver motivos lícitos, revogar ou anular o procedimento que foi realizado. Essa anulação ou revogação pode ocorrer em qualquer fase da licitação. Assim, por exemplo, se a Administração revoga o procedimento, o direito subjetivo do vencedor à adjudicação desaparece.

### 2.4.9 Princípio da Ampla Defesa

O princípio da ampla defesa não é muito mencionado quando se trata de licitação, porém já foi e continua sendo reconhecido em casos concretos e pela jurisprudência. A Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso LV, assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. E, também, o art. 87, caput, da Lei de licitações, garante a ampla defesa na aplicação de sanções administrativas.

### 2.4.10 Princípio da Competitividade

O princípio da competitividade está consolidado na Lei nº 8.666/93. Segundo Gasparini (2012, p. 544) “nada, por esse princípio, deve comprometer, restringir ou frustrar a disputa entre os interessados em contratar com a entidade, em tese, obrigada a licitar, sob pena de inexistir a licitação”. O art. 3º, §1º, inciso I, da referida lei, consagra o princípio da competitividade quando estabelece que:

Art. 3º. [...]

§1º É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir, ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato [...].

A efetivação desse princípio era feita através do art. 335 do Código Penal, que punia fraude da concorrência. Atualmente, o art. 90, da Lei de licitações, encarrega-se desse papel, impondo pena a quem “frustrar 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”, com detenção, de dois a quatro anos, e multa.

### 2.4.11 Princípio do Formalismo Procedimental

O princípio do formalismo procedimental preconiza que o procedimento licitatório deve sempre seguir os parâmetros estabelecidos em lei, sendo proibido à

Administração Pública submetê-los a seu próprio juízo. De acordo com Carvalho Filho (2009, p. 237), “a própria igualdade de tratamento depende da rigidez formal dos mecanismos de competição”, por isso deve-se sempre observar o devido processo legal.

#### **2.4.12 Princípio da Vedação à Oferta de Vantagens**

O princípio da vedação à oferta de vantagens está ligado ao princípio do julgamento objetivo. Conforme leciona o §2º, do art. 44, da Lei nº 8.666/93, não será considerada qualquer oferta de vantagem que não esteja prevista no edital ou no convite, incluindo os financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, e também preço ou vantagem baseados nas ofertas feitas pelos demais licitantes.

### **2.5 Tipos de Licitação**

De acordo com Mazza (2013, p. 367), dá-se o nome tipos de licitação aos vários critérios estabelecidos para o julgamento das propostas apresentadas pelos interessados. Ao todo existem seis tipos de licitação previstos em lei. A Lei nº 8.666/93 prevê nos incisos do §1º, do seu art. 45, quatro deles, quais sejam: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta. O tipo melhor trabalho que pode ser técnico, científico ou artístico, está estabelecido no art. 22, §4º, da mesma lei, sendo aplicável apenas na modalidade licitatória denominada concurso. Na modalidade de pregão é aplicado o tipo menor lance ou oferta para a escolha da proposta vencedora, conforme o art. 4º, inciso X, da Lei nº 10.520/02.

O inciso I, do §1º, do art. 45, da Lei nº 8.666/93 prevê que “quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço”, estar-se-á diante do tipo menor preço. Vale ressaltar que nem sempre o valor nominalmente mais baixo será considerado o menor valor, uma vez que a referida lei, em vários de seus dispositivos, prevê outros critérios e fatores para avaliação das propostas que devem completar a aplicação dos tipos de licitação, devendo, contudo, sempre observar os critérios apresentados pelo instrumento convocatório.

O tipo melhor técnica está consagrado no inciso II, do §1º, do art. 45, do mesmo diploma legal. Aplica-se àquelas licitações em que os serviços são de natureza predominantemente intelectual (art. 46, caput, da Lei nº 8.666/93). O §1º, do art. 46, da Lei de licitações, elenca os procedimentos adotados nesse tipo de licitação: os envelopes que

contenham as propostas técnicas exclusivamente daqueles licitantes que foram previamente qualificados serão abertos e serão feitas a avaliação e a classificação dessas propostas conforme os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado; e uma vez classificadas as propostas técnicas, abrir-se-á as propostas de preços daqueles licitantes que atingiram a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório, sendo iniciada a negociação das condições estabelecidas com a proposta que foi melhor classificada, tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre aqueles licitantes que atingiram a valorização mínima. Para Meirelles (2009, p. 306):

Na licitação de melhor técnica o que a Administração pretende é a obra, o serviço, o equipamento ou o material mais eficiente, mais durável, mais aperfeiçoado, mais rápido, mais rentável, mais adequado, enfim, aos objetivos de determinado empreendimento ou programa administrativo. Em face desses objetivos, é lícito a Administração dar prevalência a outros fatores sobre o preço, porque nem sempre pode obter a melhor técnica, dentro das especificações e do preço negociado pela Administração.

O tipo técnica e preço é, também, utilizado exclusivamente quando os serviços forem de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, dentre outros, levando-se em conta o preço referente à proposta, conforme o preceito do art. 46, caput, da Lei nº 8.666/93. Segundo Mello (2010, p. 610):

Nas licitações de técnica e preço, as quais reguladas no §2º do art. 46, o critério de seleção da melhor proposta é o que resulta da média ponderada das notas atribuídas aos fatores técnica e preço, valorados na conformidade dos pesos e critérios estabelecidos no ato convocatório. Dele deverão constar, tal como na licitação de melhor técnica, critérios claros e objetivos para identificação de todos os fatores pertinentes que serão considerados para a avaliação da proposta técnica.

O mencionado §2º define os procedimentos adotados nesse tipo de licitação, que em suma são: os envelopes que contenham as propostas técnicas exclusivamente daqueles licitantes que foram previamente qualificados serão abertos e serão feitas a avaliação e a classificação dessas propostas conforme os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado; far-se-á a avaliação e a valorização das propostas de preços de acordo com o instrumento convocatório; e a classificação dos proponentes será feita em conformidade com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório.

O art. 45, em seu §1º, inciso IV, da Lei de licitações, determina que o tipo maior lance ou oferta seja empregado “nos casos de alienação ou concessão de direito real de uso”, sendo usado na modalidade leilão. O vencedor será aquele que apresentar a proposta ou lance com o maior preço, dentre os interessados; a classificação dos preços será feita, portanto, em ordem decrescente. Salienta-se que, de acordo com o §5º, do art. 45, da Lei nº 8.666/93, é expressamente vedada a utilização de qualquer outro tipo de licitação.

É importante ressaltar que não se deve confundir tipos de licitação com modalidades de licitação, uma vez que são institutos distintos. Como exposto anteriormente, os critérios que são utilizados para o julgamento das propostas são denominados tipos de licitação, já as modalidades se referem ao procedimento que regerá a licitação. Diante disso, o próximo capítulo se destinará a proporcionar maiores esclarecimentos acerca das modalidades licitatórias.

### 3 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Neste capítulo serão trabalhadas as modalidades de licitação, bem como seus respectivos procedimentos, detalhando-se suas fases que, em sua maioria, compreendem o instrumento convocatório, a habilitação, a classificação, a homologação e a adjudicação, tendo em vista que cada modalidade possui suas características e peculiaridades próprias.

#### 3.1 Aspectos gerais

Atualmente, existem sete modalidades de licitação normatizadas tanto por lei geral quanto por leis específicas. A Lei nº 8.666/93, que é a lei geral das licitações, prevê em seu art. 22 cinco dessas modalidades, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. O §8º, do mesmo artigo, veda a criação de outras modalidades licitatórias, bem como a combinação das modalidades supracitadas. Porém, conforme entendimento de Marinela (2012, p. 372), “esse dispositivo não tem a força de impedir que o legislador, por meio de outra lei, discipline sobre normas gerais, vindo a criar uma nova modalidade licitatória, mesmo porque a introdução da Lei nº 8.666/93 não esgota a competência da União para legislar sobre normas gerais”.

A Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000, criou a modalidade pregão, sendo utilizada exclusivamente pela União. Tal Medida Provisória foi posteriormente convertida na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, sendo que a partir desta lei, autorizou-se a utilização do pregão por todos os entes federativos. O art. 9º, da referida lei, dispõe que as normas contidas na Lei nº 8.666/93 são aplicadas subsidiariamente ao pregão.

A modalidade conhecida como consulta foi instituída pela Lei nº 9.472/97, sendo uma modalidade utilizada exclusivamente pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Apesar de que, muitos doutrinadores, não tratam a consulta como uma modalidade licitatória, justamente pelo fato de que ela foi criada com o intuito de regulamentar apenas as contratações realizadas pela ANATEL.

#### 3.2 Concorrência

Conforme art. 22, §1º, da Lei nº 8.666/93, a 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”. Desse conceito podem-se extrair duas características básicas: a ampla publicidade e a universalidade.

De acordo com o preceito do art. 21, da mesma lei, a publicidade é assegurada pela publicação do aviso contendo o resumo do edital, no mínimo por uma vez, contendo indicação do lugar onde os interessados poderão ler e obter o texto integral e todas as demais informações sobre o procedimento licitatório. Essa publicação deverá ser feita no Diário Oficial da União quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais; no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal; e em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

Na concorrência, a publicação deve ser feita com 30 dias de antecedência, no mínimo, conforme art. 21, §2º, inciso II, alínea “a”, da Lei de licitações, salvo quando se tratar do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, ou quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral, nos termos do art. 21, §2º, inciso I, alínea “b”, da mesma lei. Como reza o art. 21, §3º, da Lei nº 8.666/93, esse prazo será contado a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde.

Em consonância ao que disciplina o art. 22, §1º, da referida lei, pode-se afirmar que a universalidade é a possibilidade da participação de quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

### **3.2.1 Procedimento**

O procedimento dispensado a essa modalidade de licitação é considerado o mais complexo se comparado ao estabelecido para as demais modalidades, uma vez que os contratos celebrados por meio da concorrência são aqueles de maior vulto (maior preço), por isso houve uma maior preocupação por parte do legislador ao disciplinar esse procedimento

licitatório. O procedimento da concorrência compreende o edital, a habilitação, a classificação, a homologação e a adjudicação.

Conforme entendimento de Di Pietro (2012, p. 416), por meio do edital a Administração Pública divulga a abertura da concorrência, fixa os requisitos para a participação dos interessados, define o objeto e as condições básicas do contrato, bem como convida todos os interessados para que possam apresentar suas propostas. Em suma, é por meio do edital que o ente público faz uma oferta de contrato àqueles interessados que preencham os requisitos nele contidos.

O edital é considerado a lei da licitação, podendo-se estender esse entendimento, também, ao contrato, pois tudo que nele estiver contido deverá ser cumprido, sob pena de nulidade. Depara-se aqui com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, trabalhado anteriormente e previsto no art. 3º, da Lei nº 8.666/93.

A segunda fase do procedimento da concorrência é a da habilitação, em que haverá a abertura dos envelopes contendo a documentação e, por conseguinte, a sua apreciação, de acordo com o art. 43, inciso I, da Lei de licitações. Os envelopes contendo a documentação e as propostas serão recebidos e abertos pela Administração, sempre em ato público previamente designado, do qual deverá ser lavrada ata circunstanciada que será assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão, conforme preceito do art. 43, §1º, da Lei nº 8.666/93.

Na classificação a Administração Pública procede ao julgamento das propostas apresentadas, classificando-as pela ordem de preferência, segundo os critérios estabelecidos no instrumento convocatório. A classificação pode ser subdividida em duas fases, sendo que, a primeira consiste na abertura dos envelopes contendo as propostas dos licitantes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem haver interposição de recurso ou que tenha havido expressa desistência de algum deles, ou posteriormente ao julgamento dos recursos que houverem sido interpostos, de acordo com o art. 43, inciso III, da Lei nº 8.666/93, devendo-se observar também o que disciplina os §§ 1º e 2º, do mesmo dispositivo legal; e na segunda há o julgamento das propostas, devendo ser objetivo e realizado em conformidade com os tipos de licitação, e com os critérios estabelecidos no edital, como preceitua o art. 45, da mesma lei.

O art. 43, inciso VI, da Lei nº 8.666/93, estabelece, como ato final da licitação, a deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto do procedimento licitatório. Anteriormente a essa lei, a adjudicação era o ato final do procedimento, sendo praticado pela Comissão, após a homologação da autoridade

competente. Após a promulgação da referida lei, esses dois atos não ficam mais sob a competência da Comissão de licitação, passando a ser de competência da autoridade superior.

A homologação vem a ser a aprovação do procedimento licitatório. É precedida pelo exame dos atos praticados no procedimento pela autoridade competente; sendo verificada a existência de algum vício de ilegalidade, o procedimento deverá ser anulado e se determinará seu saneamento, se for possível. Não havendo nenhum vício, proceder-se-á a homologação.

Já a adjudicação vem a ser o ato praticado pela Administração, por meio da mesma autoridade supracitada, em que se atribui ao vencedor o objeto da licitação. É o ato que põe fim ao procedimento. É um ato vinculado, uma vez que a Administração Pública não pode deixar de efetuar-lo, salvo nos casos em que houver a anulação ou a revogação do procedimento licitatório, de acordo com o art. 49, da Lei nº 8.666/93.

### **3.3 Tomada de preços**

A tomada de preços é a modalidade de licitação realizada entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação, conforme art. 22, §2º, da Lei nº 8.666/93. Para Knoplock (2012, p. 350), “a tomada de preços é utilizada para valores médios, em que o procedimento não é tão complexo” quanto o dispensado à concorrência.

A legislação anterior à Lei de licitações limitava a participação na tomada de preços apenas aos licitantes que já estavam previamente cadastrados, portanto não estava presente a universalidade. Com a promulgação da Lei nº 8.666/93, esse conceito foi alterado, passando a ser autorizada a participação de interessados que apresentem a documentação exigida no instrumento convocatório até três dias antes da data do recebimento das propostas. Para Di Pietro (2012, p. 408):

O objetivo evidente foi o de abrir as portas para maior número de licitantes, o que pode convir aos interesses da Administração; mas não há dúvida de que o procedimento da tomada de preços veio tornar-se praticamente mais complexo, já que a comissão de licitação tem que examinar a documentação dos licitantes que participarem dessa forma. A grande vantagem da tomada de preços estava na fase de habilitação, em que a comissão se limitava a examinar os certificados de registro cadastral; pela nova lei, essa fase praticamente se iguala à da concorrência, quando houver licitantes utilizando-se dessa nova forma de participação.

Há entendimento de que a documentação dos interessados não cadastrados deve ser apresentada à Comissão encarregada pelo cadastro, assim o procedimento correria paralelamente ao da tomada de preços. Porém esse entendimento não é o aceitável. Na prática, o que ocorre é que para que haja a participação na tomada de preços desses interessados não cadastrados, deve-se encaminhar apenas o protocolo de entrega da documentação às Comissões de licitação, para fins de cadastramento.

Do mesmo modo que na concorrência, a publicidade deve ser observada também na tomada de preços, com algumas diferenças: a publicação deve ser feita com 30 dias de antecedência quando a licitação for do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, conforme art. 21, §2º, inciso II, alínea “b”, da Lei de licitações; e, de acordo com o art. 21, §2º, inciso III, da mesma lei, nos demais casos, o prazo será de 15 dias. A contagem do prazo será a mesma da concorrência (art. 21, §3º, da Lei nº 8.666/93).

### **3.3.1 Procedimento**

O procedimento da tomada de preços se assemelha bastante ao da concorrência. A diferença básica está no prazo da publicação do edital que, conforme o art. 21, §2º, inciso III, da Lei de licitações, deverá ser de até 15 dias anteriormente à apresentação das propostas; e na fase de habilitação, já que ela é feita antes do procedimento licitatório para aqueles já inscritos no registro cadastral, sendo também feita no curso da licitação para aqueles que apresentarem a documentação necessária para o cadastro até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observando-se a qualificação necessária (art. 22, §2º, da Lei nº 8.666/93). Essa qualificação está disposta no art. 27, da mesma lei.

### **3.4 Concurso**

Conforme art. 22, §4º, da Lei nº 8.666/93, o concurso é a modalidade de licitação realizada 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. A publicação do edital deve ser feita com, pelo menos, 45 dias de antecedência à apresentação das propostas (art. 21, §2º, inciso I, alínea “a”, da Lei de licitações).

Com observância ao art. 52, §2º, da mesma lei, quando se tratar de projeto, o vencedor da licitação deverá autorizar sua execução pela Administração quando julgar

conveniente, devendo-se, sobretudo, respeitar a norma imposta pelo art. 111, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual a Administração Pública só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado se o autor ceder os direitos patrimoniais relativos a ele e o ente público possa utilizá-lo conforme o que está estabelecido no regulamento do concurso ou no ajuste para a sua elaboração.

### **3.4.1 Procedimento**

A Lei nº 8.666/93 não estabelece um procedimento específico para o concurso, sendo que sua disciplina será feita conforme regulamento próprio de cada concurso. A lei apenas prevê que o edital deve ser publicado com 45 dias de antecedência à apresentação das propostas (art. 21, §2º, inciso I, alínea “a”, da Lei de licitações) e que deverá conter no regulamento a qualificação exigida dos participantes, as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho e as condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos, de acordo com o art. 52, §2º, da mesma lei.

No concurso não são aplicadas as diretrizes do art. 45, §1º, da Lei nº 8.666/93, conforme está expressamente descrito neste dispositivo legal e pelo preceito contido no art. 22, §4º, da referida lei, pode-se verificar que a escolha não levará em conta o preço, uma vez que o vencedor será aquele que apresentar o melhor trabalho que poderá ser técnico, científico ou artístico, o qual receberá uma remuneração ou um prêmio anteriormente estipulados pelo edital.

### **3.5 Leilão**

A modalidade leilão está elencada no art. 22, §5º, da Lei de licitações, o qual reza que o leilão é a modalidade de licitação realizada 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, prevista no art. 19, da mesma lei, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. De acordo com Gasparini (2012, p. 635):

O leilão destina-se, nos termos do Estatuto federal Licitação, à venda de bens móveis inservíveis, de produtos apreendidos, de bens dados em penhor e de bens imóveis adquiridos judicialmente ou mediante dação em pagamento. Inservíveis são os bens imprestáveis, sem utilidade em si mesmos; os que, pelo uso, tornaram-se sucata.

Ressalte-se que outras leis também tratam dessa modalidade licitatória, como é o caso do art. 4º, §3º, da Lei nº 9.491/97 (que altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização); do art. 29, da Lei nº 9.074/95 (que estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos); do art. 10, da Lei nº 11.481/07 (que altera a legislação sobre bens imóveis da União, prevendo leilão para a alienação de bens imóveis do Fundo do Regime Geral da Previdência Social).

### **3.5.1 Procedimento**

A Lei nº 8.666/93 não prevê um procedimento específico para o leilão, remetendo essa disciplina à legislação pertinente, conforme art. 53, desta lei. Pelo fato dessa modalidade ser utilizada para aquisição de bens móveis, deve-se observar o que dispõe o art. 17, da referida lei, o qual exige a existência de interesse público devidamente justificado e a prévia avaliação do bem, sendo que o valor da avaliação será o preço mínimo para arrematação, de acordo com o art. 53, §1º, da Lei de licitações.

Em observância ao art. 53, da mesma lei, tem-se que o leilão poderá ser realizado por leiloeiro oficial ou servidor que será designado pela Administração Pública. De acordo com o §2º, do mesmo dispositivo legal, os bens deverão ser pagos à vista ou no percentual estabelecido no edital, não podendo ser inferior a 5% e após a assinatura da ata lavrada no local da realização do leilão, os bens deverão ser entregues ao arrematante, o qual se obriga a pagar o restante do valor no prazo previsto no edital, sob pena de perder o valor já recolhido em favor do ente público.

### **3.6 Pregão**

Conforme a Lei nº 10.520/02, o pregão é a modalidade de licitação utilizada para a aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento será feita por meio de propostas e lances em sessão pública. O mesmo diploma legal, em seu art. 1º, parágrafo único, define quais são os bens e serviços considerados comuns, que veem a ser aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

A Medida Provisória nº 2.182/01 instituiu o pregão apenas para utilização exclusiva da União. Essa restrição foi muito criticada por boa parte da doutrina que a

considerava inconstitucional, pelo fato de se tratar de norma geral, devendo abranger todos os entes federativos. No entanto, essa discussão foi superada com a conversão da referida Medida Provisória na Lei nº 10.520/02, que acabou com essa restrição, ampliando o âmbito de aplicação dessa nova modalidade licitatória. Conforme Gasparini (2012, p. 638):

Não há dúvida que a lei instituidora do pregão se aplica aos Estados, Distrito Federal e Municípios e entidades que integram suas respectivas esferas administrativas, pois assim determina a ementa desse diploma legal e, se isso não bastasse, diga-se que o inciso I do art. 4º, o art. 7º e o art. 11 dessa lei confirmam essa inteligência.

O art. 1º, parágrafo único, do Decreto nº 3.555/2000, preconiza que a modalidade pregão é aplicável aos órgãos da Administração Federal direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

É importante salientar que o art. 2º, da Lei nº 10.520/02, prevê duas modalidades de pregão, quais sejam: o pregão presencial, que é o convencional, e o pregão eletrônico. Este último é realizado com o auxílio da internet e está regulamentado pelo Decreto nº 5.450/05. Conforme preceito do art. 4º, do referido Decreto, o pregão eletrônico deve ser utilizado de forma preferencial, sendo que a autoridade competente deverá justificar quando optar pelo uso do pregão presencial, no caso de o pregão eletrônico se mostrar inviável.

### **3.6.1 Procedimento**

Assim como em todas as demais modalidades de licitação, o procedimento do pregão é constituído de inúmeros atos praticados pela Administração Pública e pelos licitantes. O procedimento do pregão compreende duas fases: a interna, que é conhecida como fase preparatória, conforme art. 3º, da Lei nº 10.520/02, em que se precede a abertura da licitação ao público; e a externa, que tem início com a publicação do aviso do edital.

O mesmo dispositivo legal supracitado dispõe sobre as normas da fase interna do pregão, exigindo, em suma, a justificativa da necessidade de contratação, a definição do objeto da licitação, as exigências para a habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções aplicáveis em caso de inadimplemento, bem como as cláusulas contratuais e ainda a fixação dos prazos para o fornecimento, conforme está disposto no inciso II, do art. 3º, da Lei nº 10.520/02.

O art. 4º, da mesma lei, disciplina a fase externa do pregão, descrevendo os atos a serem praticados no procedimento, que são basicamente os seguintes: publicação do edital, julgamento, classificação, habilitação do licitante vencedor, adjudicação e homologação. Consoante art. 3º, inciso IV, da Lei nº 10.520/02, na fase externa será designado um pregoeiro, bem como sua equipe de apoio, a qual será atribuída a responsabilidade de receber as propostas e os lances, analisar se são aceitáveis e classificá-los, e proceder a habilitação e a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor. Segundo Bandeira de Mello (2010, p. 567):

O “pregão” é uma forma de leilão não para alienar, mas para adquirir “bens e serviços comuns”. Apresenta como característica distintiva em relação às modalidades da concorrência, tomada de preços e convite, previstas na Lei 8.666, pelo menos duas muito salientes. Uma, a de que, ao contrário delas, em que o valor é determinante de suas variedades, o pregão é utilizável qualquer que seja o valor do bem ou serviço a ser adquirido; outra, a de que o exame da habilitação não é prévio ao exame das propostas, mas posterior a ele.

Vale dizer que o procedimento do pregão eletrônico compreende as mesmas fases do pregão presencial, quais sejam: a convocação dos licitantes por meio do instrumento convocatório; o julgamento e a classificação das propostas; a habilitação do licitante vencedor; a adjudicação e a homologação. Outrossim, várias das normas existentes no Decreto nº 5.450/05 são mera repetição das contidas no Decreto nº 3.555/2000 que regulou o pregão presencial.

### **3.7 Consulta**

A consulta, como exposto anteriormente, foi instituída pela Lei nº 9.472/97, para ser utilizada exclusivamente pela ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) em suas contratações, e posteriormente foi estendida às agências reguladoras disciplinadas pela Lei nº 9.986/2000. Contudo, essa modalidade não pode ser usada para contratação de obras e serviços de engenharia civil, devendo-se utilizar as modalidades previstas na Lei nº 8.666/93; e nem para aquisição de bens e serviços comuns, pois a modalidade usada, neste caso, será o pregão.

A Lei nº 9.472/97 apenas dispõe que na modalidade consulta a decisão ponderará o custo e o benefício de cada proposta, considerando a qualificação do proponente, e acrescenta que a consulta será disciplinada pela própria ANATEL. Diante disso, a referida

Agência, atendendo a esse preceito legal, disciplinou a consulta por meio da Resolução nº 5, de 15 de janeiro de 1998, estabelecendo que as propostas serão classificadas conforme os critérios contidos no instrumento convocatório, os quais devem viabilizar a ponderação entre o custo e o benefício de cada proposta, considerando a classificação do proponente. Assim, o procedimento dessa modalidade será regulamentado pela própria Agência.

### 3.8 Convite

Em observância ao art. 22, §3º, da Lei nº 8.666/93, o convite é a modalidade licitatória entre, no mínimo, três interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa, podendo participar também aqueles que, não sendo convidados, estiverem cadastrados na correspondente especialidade e manifestarem seu interesse com 24 horas de antecedência à apresentação das propostas.

O convite é a única modalidade em que não é exigida a publicação de edital, pela lei, uma vez que a convocação dos interessados se faz por meio da chamada carta-convite, com antecedência de 5 dias úteis, de acordo com o art. 21, §2º, inciso IV, da lei supracitada. A Lei de licitações inovou ao permitir a participação de outros interessados, que manifestem seu interesse com até 24 horas de antecedência à apresentação das propostas. Para Di Pietro (2012, p. 410):

A medida contribui para aumentar o rol de licitantes, mas torna mais complexo um procedimento que se caracteriza e se justifica exatamente por sua maior simplicidade, decorrente do fato de que essa modalidade de licitação é cabível para os contratos de pequeno valor. Para permitir essa participação, o art. 22, §3º, exige que a unidade administrativa afixe, em lugar apropriado, cópia do instrumento convocatório.

Em relação à possibilidade da licitação continuar mesmo não aparecendo três interessados, que é o mínimo exigido por lei, o Tribunal de Contas da União decidiu que para a regularidade do convite é imprescindível que haja, no mínimo, três licitantes devidamente qualificados, mas se esse número não for alcançado, impõe-se a repetição do ato, convocando-se outros possíveis interessados, de modo a garantir a legitimidade do certame (DOU de 11-8-93, p. 11.635).

Porém, esse entendimento deve ser interpretado com observância ao que preceitua o art. 22, §7º, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual “quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número

mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite”.

Assim, o simples fato de não ser alcançado o número mínimo de três interessados não é suficiente para que se determine a repetição do convite, pois haverá a possibilidade da continuação do procedimento licitatório se houver a demonstração do manifesto desinteresse pelos demais licitantes convidados ou as limitações do mercado. Outrossim, se houver outros possíveis interessados que atendam às condições do convite, este deverá ser repetido, com observância do art. 22, §6º, da Lei de licitações.

### **3.8.1 Procedimento**

O procedimento do convite é o mais simplificado se comparado aos demais. Como exposto anteriormente, a convocação dos licitantes é feita por escrito, com 5 dias úteis de antecedência à data da apresentação das propostas, mediante a denominada carta-convite que será dirigida a, no mínimo, três interessados, escolhidos pela Administração, devendo ser afixada, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório, não sendo obrigatória a sua publicação no Diário Oficial da União.

Após o recebimento dos envelopes contendo as propostas, proceder-se-á a classificação, e, por conseguinte, a adjudicação e a homologação. Esse procedimento poderá ser feito por um servidor a ser designado pela autoridade competente, uma vez que não é obrigatória a constituição de uma Comissão de licitação, de acordo com o art. 51, §1º, da Lei nº 8.666/93.

Diante de tudo o que foi exposto neste capítulo, verifica-se que todas as modalidades de licitação possuem sua importância e finalidades específicas para satisfazer as necessidades de cada espécie de contratação feita pela Administração Pública. E para que haja uma maior compreensão acerca do convite, uma vez que é o enfoque principal deste trabalho, no próximo capítulo, esta modalidade será trabalhada de forma específica e detalhada, com a exposição de todas as suas peculiaridades.

## 4 A MODALIDADE CONVITE

Neste capítulo será trabalhado de forma específica a modalidade de licitação conhecida como Convite, destacando-se algumas de suas peculiaridades, bem como perfazer considerações acerca de suas fases interna e externa, seu julgamento, execução da compra ou contratação e, por fim, a demonstração das principais peças que devem compor o respectivo processo administrativo.

### 4.1 Peculiaridades

Antes de adentrar especificamente nas peculiaridades da modalidade Convite, é mister lembrar alguns pontos de forma bem sucinta, já tratados anteriormente, a respeito desta modalidade para que seja de maior compreensão os assuntos desenvolvidos ao longo do presente capítulo. Assim, o primeiro ponto relevante a ser tratado aqui é o conceito trazido pelo art. 22, §3º, da Lei nº 8.666/93 (Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública):

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 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Outro aspecto importante a ser lembrado é o limite dos valores dispensados ao Convite nas contratações. Quando se tratar de obras e serviços de engenharia o valor poderá variar de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); já quando se tratar de compras e serviços em geral esse valor será de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Após tratar destes pontos relevantes, passa-se agora à tratativa das peculiaridades mais importantes da modalidade em comento. Como se sabe, o Convite é a modalidade mais ágil trazida pela Lei nº 8.666/93 e é extremamente importante para a Administração Pública, pois facilita o procedimento licitatório, vez que seu manejo é notavelmente simples.

Ademais, ao instituir o Convite, o legislador deixou claro que para esta modalidade é desnecessária a publicação de edital. O que se tem, no caso, é uma carta-

convite, que pode ser considerada como um “edital” resumido, sendo que não há empecilhos à disciplina mínima do certame. No entanto, por questão de prudência, recomenda-se que a Comissão ou o responsável pelo procedimento elabore um edital para alguns objetos. Mas, se não se proceder deste modo, que, então, a carta-convite seja bem detalhada, quase como se fosse um edital, para que haja a ampliação das regras havendo, assim, um julgamento objetivo pela Comissão ou pelo responsável pelo Convite.

Outra contribuição que torna o Convite bastante ágil é a possibilidade de se dispensar a documentação. O art. 32, §1º, da Lei de licitações, autoriza que a documentação tratada nos arts. 28 a 31, da referida lei, pode ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de Convite. Porém, há ressalvas a serem feitas, pois alguns documentos não podem ser dispensados por serem obrigatórios, tais como a CND (Certidão Negativa de Débito) do INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) e o CR (Certificado de Regularidade) do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço). Com efeito, Gasparini (2012, p. 631-632) reforça que:

Nessa modalidade a entidade licitante presume como boas a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal dos convidados. Não é necessária qualquer medida para averiguar esses aspectos da pessoa do licitante, salvo quanto à prova de regularidade para com o INSS, pois nenhuma pessoa jurídica pode contratar com o Poder Público se estiver em débito com o sistema de seguridade social (art. 195, §3º) e para com o FGTS, que integrarão o envelope proposta ou apresentado no momento da assinatura do contrato ou da retirada do instrumento equivalente. Qualquer que seja o critério adotado, a carta-convite deverá dispor a respeito.

O art. 51, da Lei nº 8.666/93, prevê as regras para a designação das Comissões Permanentes de Licitação. Entretanto, em se tratando do Convite, houve a concessão do benefício da desnecessidade desta Comissão. Em seu §1º, o referido dispositivo legal dispõe que no caso do Convite, a Comissão de Licitação, excepcionalmente quando se tratar de pequenas unidades administrativas e em face da exiguidade de pessoal disponível, poderá ser substituída por servidor formalmente designado por autoridade competente. Com isso, deve-se entender por “pequenas unidades administrativas” aquelas em que o seu quadro de pessoal é bastante reduzido, sem contar com pessoal efetivo em cargo público ou estável no serviço público e que não possam constituir a Comissão, por regramento legal.

Outra questão dispensada de forma diferente ao Convite diz respeito aos prazos. O art. 21, §2º, inciso IV, da Lei de licitações, estabelece que o prazo mínimo até o recebimento das propostas ou até a realização do certame é de cinco dias úteis. Esse prazo se refere ao intervalo entre o momento em que o interessado tem conhecimento dos termos do

convite ou da publicação do aviso acerca da realização da licitação até a data-limite em que se deve protocolar os envelopes ou comparecer à audiência de recebimento dos mesmos.

Ainda em relação aos prazos, o art. 48, da Lei nº 8.666/93, mais especificamente em seu §3º, traz as hipóteses de desclassificação das propostas, em que a Comissão poderá abrir um prazo de três dias úteis para que os licitantes reapresentem suas propostas ou refaçam sua documentação. Não obstante, o art. 109, da mesma lei, trata dos recursos administrativos, estabelecendo um prazo de cinco dias úteis para a sua interposição, contados da intimação do ato ou da lavratura da ata, quando for relativo aos casos de habilitação ou inabilitação do interessado, anulação ou revogação do procedimento licitatório, rescisão contratual, julgamento das propostas e deferimento do pedido de inscrição no registro cadastral, bem como sua alteração ou cancelamento. Por outro lado, o §6º, do mesmo dispositivo legal, prevê para o caso do Convite que o prazo será de apenas dois dias úteis.

Por fim, outra peculiaridade que se faz necessário comentar é a desnecessidade de atuação da assessoria jurídica e a desnecessidade da realização de contrato administrativo, no caso do Convite. O art. 38, em seu parágrafo único, da Lei de licitações, estabelece que “as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”. Assim, a partir disso, pode-se concluir que só se fará necessária a assessoria jurídica quando houver o edital e o contrato administrativo, acordos ou convênios. Como já visto anteriormente, o legislador autorizou a dispensa do edital na modalidade Convite, então, não havendo edital, desnecessária é a atuação da assessoria jurídica.

Outrossim, o art. 62, da Lei nº 8.666/93, dispõe que o instrumento de contrato será obrigatório nas modalidades de Concorrência e de Tomada de Preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços compreendam os limites estabelecidos para essas duas modalidades de licitação, mas será facultativo nos demais casos em que a Administração puder substituí-los por outros instrumentos hábeis, como a carta-contrato, a nota de empenho de despesa, a autorização de compra ou a ordem de execução de serviço.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, o §4º, do mesmo dispositivo legal, prescreve que o termo de contrato será dispensável e facultada a substituição tratada acima, a critério da Administração, independentemente do valor, quando se tratar de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica. No entanto, é importante dizer que essa desnecessidade de atuação da assessoria jurídica e da realização do contrato administrativo estão vinculados aos limites estritamente previstos na legislação, assim trata-se de uma desnecessidade relativa,

uma vez que poderá haver a consulta à assessoria jurídica e, no que tange ao contrato, é uma faculdade da Administração decidir se celebra-o ou dispensa-o, analisando cada situação concreta.

## 4.2 O Processo Administrativo

O art. 4º, da Lei nº 8.666/93, reza que todos aqueles que participarem da licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º, desta mesma lei, possuem o direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na referida lei, sendo que qualquer cidadão poderá acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. O parágrafo único deste mesmo dispositivo legal dispõe que o procedimento previsto na Lei de licitações caracteriza ato administrativo formal, independentemente em qual esfera da Administração for praticado.

Diante disso, é possível afirmar que deve existir um processo administrativo, conforme estabelece o art. 38, da Lei nº 8.666/93: “o procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo [...]”. A existência do processo administrativo é de extrema relevância para os atos praticados pela Administração Pública, inclusive no que tange ao procedimento licitatório. Os processos devem ter uma identificação perante a Administração e serão iniciados com a autuação e o cadastramento inicial que permitirá a identificação do seu início, meio e fim.

A organização correta do processo proporciona a transparência em relação aos atos da Comissão. O processo deverá ser instruído por peças estabelecidas em lei, todas organizadas em uma pasta, logo após a contratação ou compra, para serem apresentadas ao Tribunal de Contas ou à Câmara. É importante que as folhas do processo sejam devidamente numeradas para se ter maior segurança jurídica quanto ao procedimento licitatório, garantia de regularidade deste.

É sabido que os órgãos da Administração Pública, principalmente aqueles que exercem atividades-fim, dependem da disponibilização de materiais e serviços para a execução dessas atividades. Assim, esses órgãos, na pessoa de seus representantes ou responsáveis devem encaminhar os respectivos pedidos ao órgão encarregado das compras, contratações e seus pedidos. Tais pedidos devem ser elaborados por meio de ofício ou formulário próprio, de forma prévia, à medida que surge a necessidade de novos materiais ou serviços, sendo, em seguida, encaminhados ao órgão responsável por seu recebimento.

Quanto mais detalhado for o formulário, mais fácil será a sua compreensão e ajudará a autoridade competente a analisar o pedido, portanto quanto mais informações conter melhor, tais como o nome da Administração, do órgão requerente, o número da requisição, a data, a descrição detalhada dos materiais, dentre outras.

O art. 14, da Lei nº 8.666/93, reza que “nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa”. É a chamada reserva orçamentária, que é obrigatória. Para Ferreira (2009, p. 50), a referida reserva ocorre em dois momentos. É este o seu entendimento:

O órgão de materiais autorizado para tanto, encaminha o processo para o órgão de contabilidade fazer a reserva daquele montante estimado para o pedido, antes de encaminhar o pedido de abertura para a autoridade, no sentido de adiantar os trabalhos, ou o órgão de contabilidade o faz depois, por determinação da autoridade. Neste caso, a autoridade pode determinar, em despacho próprio, com a abertura do processo, a realização da reserva da quantia necessária para suportar aquela compra ou contratação relativa àquele pedido daquele órgão. Se assim for, quando o processo retornar do gabinete da autoridade, com autorização necessária para abertura do processo, ele será, após calculado o valor global em estimativa, remetido ao órgão de contabilidade para processar a reserva.

Com isso, deverá ser feito um empenho significativo da referida quantia, para que sejam garantidos os recursos necessários para satisfazer o orçamento estipulado para a compra. É importante que isso ocorra também pelo que estabelece o art. 60, da Lei nº 4.320/64, que veda a realização de despesa sem haver empenho prévio.

Quando o órgão responsável pelos materiais recebe a autorização para a abertura do processo e para a realização da contabilidade, a prova da reserva orçamentária deve, ainda, passar por outras providências preparatórias, tais como o conhecimento ou levantamento dos preços dos materiais ou serviços estabelecidos no mercado, se isso ainda não tiver sido feito anteriormente. Ainda seguindo o entendimento do renomado doutrinador acima citado, o conhecimento de tais preços pode ser realizado de duas formas, a saber:

Na primeira, o órgão de materiais pode remeter a algumas empresas cadastradas ou não, que podem ser futuramente convidadas, uma solicitação de cotação de preços. A empresa preenche o formulário, colocando os seus preços para aqueles itens que serão licitados, assinando-o, ao final. Com a chegada deles (formulários), a Comissão faz a média ponderada, através de um mapa analítico de cotação e conhece, assim, o preço médio praticado no mercado. Tanto os formulários vindos das empresas quanto o mapa analítico de cotação, que pode ser denominado de “levantamento preliminar de preços de mercado”, podem ser anexados ao processo. A Comissão terá assim um

importante instrumento de informação dos preços de mercado, para lastrear as conclusões finais emitidas no julgamento, sem este referencial o julgamento ficará comprometido. A segunda alternativa, mais ágil e talvez mais econômica, seria o responsável do órgão de materiais e serviços levantar os preços por telefone, preenchendo os formulários e elaborando o levantamento preliminar de preços de mercado. Neste caso, o próprio responsável assina os formulários, se quiser ser mais formal. (FREITAS, 2009, p. 51)

Ademais, outra providência preparatória extremamente importante é a juntada do ato de designação da Comissão Permanente de Licitações, pois com isso estará demonstrada a legitimidade de agir da referida Comissão. Não obstante, a última providência que deve ser tomada diz respeito à elaboração do convite ou do edital que deve estar acompanhado do aviso de licitação para publicação, do formulário contendo o padrão das propostas que será encaminhado ao licitante convidado e, quando se tratar de obras ou serviços, também dos anexos do edital e da minuta do contrato que será realizado pela Administração.

Algumas considerações acerca da expedição do convite e sua publicação se fazem necessárias. Elaborado o convite, o órgão responsável pelos materiais deverá escolher ao menos três dos fornecedores cadastrados, conforme o ramo do material licitado e convidá-los, lembrando que nada impede que haja um número maior de convidados. Por conseguinte, os licitantes que foram convidados recebem o convite com seus respectivos anexos e o formulário com o padrão das propostas a serem apresentadas e fornecem, logo em seguida, o recibo para ser anexado aos autos do processo administrativo. Basicamente, esse recibo deve conter o nome da empresa licitante, seu endereço, telefone, fax e o nome do seu representante legal, sem prejuízo de ser carimbado com o CNPJ da respectiva empresa.

O convite ou edital, por determinação legal, devem ser afixados no quadro de avisos para que haja o mínimo de publicidade, já que este é um princípio que norteia os atos da Administração que, em regra, devem sempre ser públicos. Em relação a este princípio, Dallari (1997, p. 79 a 80) faz alguns alertas. Para ele a publicidade é indispensável também para licitações feitas através de convite, não só por se tratar de uma licitação e nem porque a regra é que os atos administrativos devam ser públicos, mas, principalmente, porque se não houver essa publicidade se estaria burlando os princípios da igualdade e da isonomia.

O referido doutrinador ainda enfatiza que se não existir um modelo-padrão afixado, nada impede que o administrador inescrupuloso envie cartas diferentes aos convidados, estipulando condições diferentes para cada um, com intuito de favorecimento pessoal. Sem a publicidade poderia estimular-se o mau administrador a convidar sempre os

mesmos indivíduos, proporcionando, até mesmo, um conluio entre eles para a partilha de contratos, em detrimento da Administração, por isso é importante a publicação da lista dos convidados para ensejar a defesa dos seus interesses aos possíveis contratantes eventualmente preteridos.

### **4.3 Fase externa e julgamento**

Primeiramente, os membros da Comissão devem ser convocados. Isso poderá se dar pelo Presidente a partir de um planejamento entre os respectivos membros para que haja a reunião de todos eles. Os membros da Comissão têm total liberdade para agir, podendo contestar as decisões e os julgamentos, e, se for o caso, registrar isso em ata.

No dia da sessão de abertura dos envelopes, deve-se verificar se, até então, todo o processo administrativo está regular, observando se todos os documentos estão devidamente em ordem e preenchidos de forma correta. Posteriormente, na hora marcada para o início da audiência, quem for designado pelo Presidente da Comissão, ou ele mesmo, deverá chamar as partes interessadas para adentrar a sala onde se realizará a licitação. Isto feito, a audiência poderá ser declarada oficialmente aberta.

É imperioso que haja a colheita das assinaturas de todos os presentes, a ser feita através de um secretário designado pelo Presidente, para se ter a exata noção de quais convidados efetivamente se encontram ali naquele exato momento. Após, passasse à abertura dos envelopes e ao julgamento dos documentos e das propostas, que encontra disciplina no art. 43, da Lei nº 8.666/93.

Normalmente, o julgamento das propostas acontece na mesma sessão, que será proferido pela Comissão de Licitação ou pelo responsável pelo convite, mas nada impede que o julgamento seja feito em outra data e horário, se for necessário. Esse julgamento deve sempre se basear em critérios objetivos, jamais se podendo levar em consideração critérios de cunho subjetivo. Portanto, o que se deve verificar é se a proposta apresentada está em conformidade com o edital ou convite e qual é a mais vantajosa para a Administração, ou seja, qual possui o menor preço.

Para que os licitantes tomem conhecimento dos atos praticados pela Comissão, ocorrerá a intimação destes. Tais atos devem ser formais, escritos, observando-se sempre o que estabelece a lei. De acordo com o art. 109, §1º, da Lei de licitações, em regra, essas intimações devem ser feitas através da Imprensa Oficial, ressalvados os casos legalmente previstos, quais sejam: o ato de habilitar ou inhabilitar e de classificar ou

desclassificar. O art. 6º, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, define a Imprensa Oficial como o veículo oficial de divulgação da Administração Pública, sendo que quando se tratar da União será o Diário Oficial da União, e quando for Estados, Distrito Federal e Municípios, será aquele definido por suas respectivas leis.

Para que uma proposta seja classificada devem ser atendidos os requisitos objetivos constantes no edital, de acordo com o que preceitua o art. 45, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93. É muito importante que as especificações do convite ou edital sejam observadas corretamente, pois mesmo se o licitante oferecer um bom preço, se o produto em questão não estiver em conformidade com as determinações do instrumento convocatório, conseqüentemente ocorrerá a sua desclassificação.

O art. 44, §3º, da Lei de licitações, veda a aceitação de propostas que apresentem preços global ou unitário simbólicos, irrisório ou de valor zero. Por isso, a Comissão deve sempre estar atualizada acerca dos preços de mercado dos materiais licitados. Igualmente, a Comissão jamais poderá aceitar preços inexequíveis, cuja definição é trazida pelo art. 48, inciso II, da Lei nº 9.648/98. De acordo com esse dispositivo legal podem ser considerados preços inexequíveis aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato.

Vale ressaltar que pode ocorrer empate entre as propostas apresentadas, tanto nas licitações de menor preço global quanto nas de menor preço por item, sendo este último caso o mais comum no caso do Convite. Com relação a este tema, o art. 45, §2º, da Lei nº 8.666/93, determina que no caso de empate entre duas ou mais propostas, a classificação deverá ser feita por meio de sorteio, realizado por ato público para o qual todos os licitantes devem ser convocados, com vedação de qualquer outro processo. Após a realização do sorteio, todas as ocorrências da audiência serão registradas em ata.

A Lei de licitações traz a possibilidade de revogação ou anulação do procedimento licitatório pela autoridade competente. Essa regra está prevista no art. 49, da referida lei, que autoriza tal conduta apenas nos casos de interesse público ou por ilegalidade. O §1º, deste mesmo dispositivo legal complementa que caso haja anulação do procedimento por motivo de ilegalidade, não gerará a obrigação de indenizar, salvo disposição legal em contrário. Ademais o parágrafo único, ainda do referido dispositivo legal, deixa claro que a nulidade não exonera a Administração Pública do dever de indenizar o contratado pelo que já tiver sido executado até a data em que ocorreu sua declaração, e por quaisquer outros

prejuízos devidamente comprovados, desde que não lhe seja imputável, promovendo assim a responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Conforme art. 49, §2º, da Lei nº 8.666/93, a nulidade do procedimento licitatório induz a do contrato, como regra. Para que o procedimento possa ser desfeito se deve sempre assegurar o contraditório e a ampla defesa. Isso ocorre porque a autoridade competente não tem a liberdade de revogar ou anular a licitação a seu bel prazer, em qualquer caso é preciso ter uma justificativa relevante.

Com a formalização e a publicação da homologação, o processo retornará ao órgão dos materiais para que seja feita a execução da compra ou da contratação do serviço. A partir da contabilidade feita no início do processo administrativo que reservou recursos financeiros, emitem-se as notas de empenho de despesa, em nome do vencedor ou, no caso de haver vários, de cada vencedor. Após a expedição das referidas notas e assinadas pelo ordenador da despesa haverá a autorização do fornecimento dos materiais ou da execução, no caso de serviços.

Devidamente cumprido o contrato, remeter-se-á o processo administrativo para a autoridade superior que autorizará o pagamento que será feito pelo ordenador. O processamento do pagamento é feito, por fim, pelas tesourarias ou pagadorias. O pagamento normalmente ocorre por meio de um depósito em favor da empresa, em sua conta corrente já anteriormente fornecida à Administração. Mas, nada impede que, em alguns casos, o pagamento seja realizado por meio de um cheque nominal. No que tange à celebração do contrato administrativo, Ferreira (2009, p. 99) faz algumas considerações:

Se o contratado não comparecer livre e espontaneamente para assinar e retirar o instrumento contratual, acompanhado da nota de empenho de despesa, deve a Administração intimá-lo para fazer esta assinatura. Deve ser juntada a segunda via com o recibo no processo de licitação. Caso a intimação se dê por meio da Imprensa Oficial, é também recomendado que seja anexada aos autos uma página do diário oficial, para que se dê a comprovação desta intimação.

Independentemente, se o contrato administrativo foi ou não celebrado a partir da realização de uma licitação, o seu extrato deve ser obrigatoriamente publicado na Imprensa Oficial, por conta do que preconiza o art. 61 e seu parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Esse extrato será publicado até o quinto dia útil do mês subsequente ao da assinatura do contrato, contendo o nome das partes, seu objeto, sua vigência, o seu valor e a dotação orçamentária referente à despesa.

Uma vez concluídas as fases do procedimento licitatório em relação ao julgamento, após análise dos recursos eventualmente interpostos e realizada a homologação, a Administração deve expressamente autorizar o licitante vencedor a iniciar o fornecimento dos materiais licitados ou a execução dos serviços contratados, no caso, após a assinatura do contrato. A autorização de fornecimento e a ordem de serviço são instrumentos importantes para a Administração Pública, pois estabelecem o que será fornecido ou qual serviço será prestado e demarcam o prazo para a entrega ou conclusão.

#### **4.4 Peças do Processo Administrativo**

Como se sabe, todo processo é instruído por peças e no processo administrativo não é diferente. Assim, é pertinente a listagem das principais peças que, de forma geral, são obrigatórias quando se trata de licitação. O art. 38, da Lei nº 8.666/93, as enumera, porém, conforme entendimento de Ferreira (2009, pp. 101 a 103), tais peças podem ter seu rol ampliado.

Deve existir uma capa, que pode ser organizada a partir de dados indicados na lei em comento; um pedido de cobrança ou requisição de materiais ou serviços ou solicitação de compra; autorização da autoridade competente; um parecer jurídico preliminar, quando for necessário; a nota de empenho global dos recursos estimados; o ato que designe a Comissão Permanente de Licitação ou o responsável pelo convite; pelo menos dois orçamentos para o levantamento preliminar dos preços de mercado; o convite ou edital com suas peças básicas.

Também é importante a existência da via do formulário contendo o padrão das propostas; recibos datados e assinados pelos representantes das empresas licitantes, em número mínimo de três, sem prejuízo do carimbo do CNPJ; certidões que comprovem a publicação do convite nos quadros de avisos; certidões do protocolo que informem quais envelopes foram entregues, bem como a hora em que foram protocolados; uma lista de presença a ser assinada no início da audiência; os envelopes rubricados pela Comissão Permanente de Licitação ou pelo responsável pelo convite e pelos licitantes presentes atestando sua regularidade.

Ademais, os documentos originais e os das propostas devem ser rubricados pela Comissão ou pelo responsável pelo convite e pelos licitantes; deve haver uma ata circunstanciada de abertura dos envelopes de documentos e julgamentos; petições de recursos e eventuais documentos que os acompanham, bem como decisões da Comissão ou do

responsável pelo convite e os despachos da autoridade competente acerca destes, incluindo os pareceres técnicos em apenso, se for o caso; a ata de sorteio se houver empate; pareceres técnicos e jurídicos.

Outrossim, faz-se necessário haver os ofícios ou mandados de intimação; o contrato devidamente assinado pelas partes, seu extrato e a prova da sua publicidade, conforme art. 61, parágrafo único, da Lei de licitações; a autorização do fornecimento; as ordens de serviço; as cópias das notas de empenho e da nota fiscal; termos de comunicações das ocorrências na obra ou no serviço, bem como do recebimento provisório da obra; termo circunstanciado do recebimento definitivo da obra; Certidão Negativa de Débito do INSS e Certificado de Regularidade do FGTS; o termo de encerramento das obrigações contratuais e demais documentos que se mostrarem relevantes para a relação jurídica iniciada com o contrato administrativo.

Diante de tudo o que foi exposto, é possível constatar que a modalidade de licitação denominada Convite recebeu do legislador uma tratativa bem diferenciada se comparada às demais, sendo a que possui o procedimento mais simplificado, sem grandes exigências. Por isso, se quem estiver à frente da licitação for um mau administrador, há grande possibilidade que ocorra fraudes que podem vir a caracterizar crimes, e é exatamente sobre esse tema que se desenvolverá o capítulo seguinte.

## 5 POSSÍVEIS FRAUDES E CRIMES

Neste capítulo serão demonstrados casos concretos que evidenciam o quanto a modalidade de licitação conhecida por Convite pode propiciar fraudes ao procedimento licitatório quando suas facilidades não são devidamente utilizadas por maus administradores, bem como os principais crimes que podem ser caracterizados a partir dessas práticas e a sua responsabilização na Lei de licitações.

### 5.1 Aspectos gerais das normas penais licitatórias

Sendo a Lei nº 8.666/93, evidentemente, de caráter administrativo, trouxe grandes inovações ao tratar de normas de cunho penal. As normas que carregam o aspecto incriminador se caracterizam, a princípio, por confrontar preceitos administrativos das licitações e dos contratos da Administração. Assim, quando há violações das regras trazidas pela Lei de licitações, em alguns casos poderão acarretar também consequências na esfera penal. São os chamados crimes licitatórios. Vale dizer que essa responsabilidade penal de modo algum exclui a possibilidade de haver consequências nas esferas civil e administrativa, por conta da independência entre elas.

Inicialmente, as condutas tipificadas como crimes na Lei nº 8.666/93 estavam previstas no Código Penal. Após a entrada em vigor da referida lei, houve a sua prevalência sobre o Código Penal relativo às condutas previstas em ambos os diplomas legais, por conta do princípio da especialidade. Com isso, ocorreu que se revogaram os crimes licitatórios antes dispostos no corpo do Código Penal, já que os mesmos estão inseridos agora na Lei de licitações.

Em observação ao art. 108, da Lei nº 8.666/93, tem-se que “no processo e julgamento das infrações penais definidas nesta lei, assim como nos recursos e nas execuções que lhes digam respeito, aplicar-se-ão, subsidiariamente, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal”. Verifica-se que o Código Penal não é mencionado, de forma acertada, vale dizer, pois as regras gerais do Código Penal são aplicadas de forma primária, direta, conforme prevê o art. 12, deste mesmo diploma legal, onde se extrai que as regras gerais contidas no Código Penal serão desta forma aplicadas, não só em relação a este mesmo Código, mas também em relação a qualquer outra lei especial incriminadora que não dispuser em contrário, como é o caso da Lei de Licitações.

Em relação aos sujeitos dos crimes previstos na Lei nº 8.666/93, pode-se dizer que quando se tratar do sujeito ativo poderão ser crimes próprios que são aqueles que exigem uma qualidade específica do sujeito ativo, que, no caso, é a qualidade de funcionário público, conforme conceito trazido pelo art. 84, da mencionada lei, e poderão ser também crimes comuns que são aqueles que podem ser praticados por qualquer pessoa, sem exigência, portanto, de qualquer qualidade específica.

Quando se fala em sujeito passivo, que é aquele contra o qual a conduta criminosa é praticada, sempre se vislumbrará a Administração Pública definida no conceito trazido pelo art. 1º, da Lei de licitações, e, algumas vezes, também caberá aqui algum particular que eventualmente tenha sido vítima dessas práticas ilícitas referentes à licitação. Assim, vale transcrever o que Noronha (2001, p. 114) fala nesse sentido:

O Estado é sempre sujeito passivo, em sentido genérico, atingido pelo crime, que perturba as condições de harmonia e estabilidade sociais, necessárias à consecução do bem comum, que é a sua finalidade. Será sujeito passivo direto de crimes que atentam contra sua entidade política ou administrativa. Ofendido (expressão sinônima de sujeito passivo) ainda é nos crimes contra quem o personifica e representa. Por fim, também é ofendido, juntamente com outra pessoa, cujo bem é lesado no âmbito de interesses que lhe são próprios, como ocorre com a moeda falsa e a prevaricação.

Em breve análise, extrai-se que o Estado, leia-se, do mesmo modo, Administração Pública, sempre será sujeito passivo em todos os crimes praticados, por isso, diz-se que o Estado é sujeito passivo formal, constante, geral ou genérico, uma vez que é ele o titular do *jus puniendi*, da norma proibitiva que foi violada pelo sujeito ativo. Tem-se, então, que qualquer infração penal praticada viola diretamente algum interesse do Estado, principalmente o de manter a paz social e uma convivência harmoniosa entre os cidadãos.

Relativo ao resultado das modalidades delitivas licitatórias, vislumbra-se o resultado naturalístico, que é aquele que de forma relevante modifica o mundo exterior, não sendo observado em todos os crimes. Tal classificação busca a adequação das espécies penais aos crimes formais, materiais ou de mera conduta. Outra classificação bastante utilizada por doutrinadores é a que procura a relação dos crimes com a repercussão externa que eles proporcionam, ou seja, a lesão por eles causada, tendo, nesse sentido, a classificação em crimes de dano ou de perigo.

Para que possa haver a classificação em crimes de dano, é necessário analisar a efetiva lesão que ocorreu no bem juridicamente protegido, o que, por outro lado, não se observa nos crimes de perigo, vez que se consumam com a mera possibilidade de dano.

A doutrina ainda divide os crimes de perigo em crimes de perigo presumido ou abstrato e crimes de perigo concreto. O primeiro, o legislador estabeleceu a presunção de perigo como absoluta, ou seja, o risco de dano indispensável à sua consumação não precisa ser provado, pois já resulta da própria ação ou omissão estabelecida no tipo penal, como, por exemplo, observa-se no art. 93, da Lei nº 8.666/93. Já no segundo, o perigo que decorre do dano indispensável à consumação do crime precisa ser provado, pois ele não é presumido, como se pode vislumbrar no art. 153, do Código Penal.

É importante dizer que, ao longo do tempo, houve inúmeras pesquisas doutrinárias a respeito do que seria bem jurídico e o que ele representaria para o Direito Penal. Diante disso, é mister tentar esclarecer qual o significado desses bens jurídicos. Em sentido amplo, para Freitas (2013, p. 27):

“Bem” significa tudo que se apresenta como valioso, útil, necessário para o homem, podendo ser representado por objetos materiais ou imateriais. Contudo, nem todo bem será objeto de tutela jurídica, pelo que, dentro do universo de bens existentes, o legislador escolherá aqueles que serão dignos de proteção jurídica, de forma que passarão a ser qualificados como “bens jurídicos”.

Não obstante, um bem poderá ser juridicamente protegido pelos vários ramos do Direito, sendo que, quando o bem for tutelado pelo Direito Penal será considerado um bem jurídico-penal. Outrossim, referente ao bem que recebe a tutela jurídica, é oportuna a apresentação do pensamento de Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 463):

O “ente” que a ordem jurídica tutela contra certas condutas que o afetam não é a “coisa em si mesma”, e sim a “relação de disponibilidade” do titular com a coisa. Dito de uma forma mais simples: os bens jurídicos são os direitos que temos a dispor de certos objetos. Quando uma conduta nos impede ou perturba a disposição desses objetos, esta conduta afeta o bem jurídico, e algumas destas condutas estão proibidas pela norma que gera o tipo penal.

Com efeito, cabe ao legislador penal escolher quais bens serão tutelados, bem como aquelas condutas que julga poder lesioná-los e, então, com isso, receberem uma tipificação no ordenamento jurídico penal. Desta forma, pode-se afirmar que essa escolha dos bens que serão protegidos e as condutas que poderão trazer-lhes lesões recai em um critério unicamente político-legislativo, não cabendo, de nenhuma forma, qualquer intervenção dos Poderes Executivo e Judiciário, seja de forma direta ou indireta, de modo que o legislador só encontraria restrições diante das normas constitucionais.

## 5.2 Conceito de funcionário público na Lei nº 8.666/93 e as consequências penais

O conceito de funcionário público trazido pela Lei de licitações é, de forma tênue, diferente daquele estampado no art. 327, do Código Penal, pois abrange o entendimento da doutrina e jurisprudência que já era empregado neste dispositivo legal, adequando, assim, à administração dos tempos atuais.

Um ponto importante a ser ressaltado é a evidência do sentido da expressão “entidade paraestatal” trazido pelo art. 84, §1º, da Lei nº 8.666/93, que foi feita pelo legislador que incluiu na referida expressão as empresas públicas, as fundações de direito público e as sociedades de economia mista, espancando qualquer controvérsia sobre estas entidades estarem abarcadas no §1º, do art. 327, do Código Penal. Já no que se refere às autarquias, a controvérsia doutrinária paira no sentido de pertencerem ou não à Administração Pública direta. Contudo, pelo fato da vinculação que elas possuem com esta, as incluem na parte final do dispositivo penal supramencionado, quando da sua redação se lê: “as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público”. Ainda em relação à comparação entre o art. 84, §1º, da Lei de licitações e o art. 327, §1º, do Código Penal, Freitas (2013, p. 29) acrescenta:

Ademais, o sobredito dispositivo legal não previu a possibilidade de serem tidas como servidoras públicas por equiparação aquelas pessoas que trabalham para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada, para a execução de atividade típica da Administração Pública, como o fez o §1º do art. 327 do CP, com a nova redação trazida pela Lei nº 9.983/2000, pelo claro motivo de que estas empresas não estão sujeitas ao procedimento licitatório. Outro aspecto distintivo a ser destacado no comparativo entre os dois dispositivos é que o §2º do art. 84 da Lei de Licitações estabeleceu a causa de aumento para os ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança nos entes que relaciona, tendo o §2º do art. 327 do CP empregado os termos “função de direção ou assessoramento” em vez de “função de confiança”, expressão última esta que pode conduzir a uma maior amplitude do alcance da causa de aumento, vez que podem existir, na estrutura do ente, outras funções de confiança além das de direção ou assessoramento.

Ao se falar nos efeitos produzidos pela sentença penal condenatória, destaca-se como efeito secundário dos crimes licitatórios, quando forem praticados por funcionário público, o disposto no art. 83, da Lei nº 8.666/93: “Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo”.

Com relação aos efeitos da condenação, a Lei de licitações trouxe exceção à regra geral que estabelece a perda do cargo, da função pública ou do mandato eletivo, que está estampada no art. 92, inciso I, alíneas “a” e “b”, do Código Penal, que prevê essas perdas quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, quando se tratar de crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever perante a Administração Pública, ou, também, quando se aplicar pena privativa de liberdade por período superior a quatro anos quando se tratar de qualquer outra situação.

Há outro ponto de extrema importância que merece destaque neste contexto, qual seja o que está previsto no art. 92, parágrafo único, do Código Penal, que em breve análise se extrai que qualquer que seja a consequência das práticas ilícitas, ou seja, a perda de cargo, emprego, função ou mandato eletivo, para que tenha a devida validade é imprescindível que estejam, de forma devidamente motivada, na sentença condenatória. Isso não ocorre na Lei de licitações, vez que, ao interpretar o art. 83 desta lei, percebe-se que esses efeitos serão automáticos, isto é, independem de expressa menção na sentença que condenou o funcionário público pela prática de crimes licitatórios. Assim, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, imediatamente, a Administração Pública deverá adotar as medidas necessárias para desligar definitivamente dos seus quadros o funcionário público que foi condenado por algum crime previsto na referida lei.

### **5.3 A participação de empresas diferentes com o mesmo quadro societário na modalidade Convite: visão do TCU<sup>1</sup>**

A participação de empresas diferentes contendo o mesmo quadro de sócios em um certame licitatório não é proibida pela Lei nº 8.666/93 e nem pela Lei nº 10.520/2002, que instituiu a modalidade Pregão. Contudo, não são raras as decisões do Tribunal de Contas da União considerando a participação dessas empresas na licitação como tentativa de fraudar o procedimento. De acordo com Mendes (2012, p. 144), “uma das ideias centrais que norteou a estruturação do regime jurídico da contratação vigente foi a da necessidade de assegurar a mais ampla competitividade entre os agentes que atuam no mercado”.

Em relação à modalidade Convite, o TCU acredita que essa competitividade não estaria sendo assegurada, uma vez que a presença de empresas com sócios em comum no procedimento licitatório caracterizaria a impossibilidade da devida competitividade entre os

---

<sup>1</sup> Conforme reportagem publicada no Blog da Zênite, no dia 26/04/2013.

licitantes. Não haveria, pois, um tratamento isonômico entre os interessados, já que essa prática beneficiaria um determinado grupo de pessoas e, por conseguinte, prejudicaria os demais, pelo fato de que o princípio do sigilo das propostas estaria sendo violado, em que pese não estaria presente entre todas as empresas convidadas para o certame. No que diz respeito aos princípios da moralidade e da impessoalidade, é sabido que o funcionário público deve ter uma boa conduta, agindo sempre com boa-fé, procurando impreterivelmente atender ao interesse público, e segundo o TCU esses princípios não seriam respeitados, neste caso, pois propiciaria o direcionamento da contratação.

O Acórdão do TCU nº 775/2011 – Plenário – deixou bem claro esse entendimento supracitado. Esse acórdão diz respeito a uma representação em face de procedimento licitatório realizado na modalidade Convite que teve a presença de empresas diversas, porém, com o mesmo quadro de sócios. O Tribunal entendeu que essa prática traz indícios de simulação na licitação, fraude, conluio, além de violar o sigilo das propostas apresentadas pelas empresas. Nesse mesmo julgado, no que se refere à responsabilização dos agentes envolvidos nessa prática, o TCU advertiu que “sendo a Comissão órgão colegiado que é, todos os seus membros têm o dever de zelar pelo interesse público e pelas normas legais, notadamente aquelas previstas na Lei nº 8.666/93”.

É importante frisar que para o Tribunal de Contas da União, de forma geral, é plenamente aceitável a participação de empresas diferentes com o mesmo quadro societário nos certames licitatórios, vez que não há restrições legais quanto a isso, porém, a Corte de Contas não concorda com essa prática na modalidade Convite. Contudo, o simples fato dessas empresas participarem de uma mesma licitação não é motivo suficiente para a caracterização de fraudes, é preciso analisar esse fator com cautela, mas nunca de modo isolado, e sim com outros elementos capazes de juntos caracterizarem o impedimento da participação dessas empresas, afastando, assim, esses concorrentes.

#### **5.4 Condenação de Ivo Cassol pelo STF por fraude em licitação<sup>2</sup>**

No dia 8 de agosto de 2013, o Supremo Tribunal Federal condenou o Senador Ivo Cassol, do Partido Progressista do Estado de Rondônia, por ter fraudado licitações. Os dez ministros que participaram da sessão de julgamento, o consideraram

---

<sup>2</sup> De acordo com a notícia do julgamento publicada no site do STF, no dia 08/08/2013.

culpado. Essas fraudes teriam ocorrido quando ele era prefeito de Rolim de Moura, em Rondônia, nos anos de 1998 a 2002.

De acordo com a denúncia apresentada pelo Ministério Público, baseava-se no fracionamento ilícito das licitações em obras e serviços de engenharia para que assim houvesse a possibilidade da utilização da modalidade Convite. Por conseguinte, somente as empresas que participavam desse esquema criminoso é que eram convidadas para os certames, ofendendo, indubitavelmente, a competitividade do procedimento.

Outros que participaram do esquema criminoso foram igualmente condenados pelos ministros do STF, como o até então presidente da Comissão de Licitação do Município, Salomão da Silveira e o vice-presidente da mesma Comissão, Erodí Matt; alguns empresários que estavam envolvidos também foram considerados culpados pelas fraudes: Aníbal de Jesus Rodrigues, Neilton Soares dos Santos, Izalino Mezzomo e Josué Crisóstomo.

De acordo com o ministro Toffoli não é possível que haja um conluio para fraudar uma licitação sem que tenha a concordância daqueles que serão beneficiados pela fraude. O voto do referido ministro não condenou os sócios Izalino Mezzomo e Ilva Mezzomo, que não participavam de forma direta da administração das empresas. Para o ministro, “a condenação pela simples condição societária é abominável responsabilização penal objetiva”.

Na referida sessão de julgamento, a ministra Cármen Lúcia foi a relatora, sendo que em seu voto ela condenou Ivo Cassol, Salomão da Silveira e Erodí Matt. O voto da relatora foi seguido pelos ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Já o voto do ministro Toffoli foi acompanhado pelos ministros Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski (atual presidente do STF), Marco Aurélio Mello e Joaquim Barbosa (até então membro e presidente do STF), destacando que esses dois últimos ministros também condenaram os réus por formação de quadrilha (atualmente tipificada como associação criminosa por conta da reforma do art. 288, do Código Penal, feita pela Lei nº 12.850/2013).

Ao final da sessão de julgamento, resultou empate de 5 a 5 no que tange à condenação dos empresários pela fraude nas licitações, pois, na época em que foi recebida a denúncia contra os envolvidos, no ano de 2005, o ministro Luiz Fux estava atuando no Superior Tribunal de Justiça e, por isso, ficou impedido de participar deste julgamento. Com isso, uma vez que quando há empate deve-se sair em benefício do réu, os ministros optaram por absolver os empresários.

A pena para esse tipo de crime licitatório pode variar de dois a quatro anos de detenção, além de multa, sendo que a pena geralmente é cumprida em regime aberto. De

acordo com a ministra relatora, Cármem Lúcia, o ilícito penal foi vislumbrado em 12 situações distintas, fator que agrava, sem dúvida, a pena quando da sua dosimetria ao final do julgamento.

No que diz respeito às penas aplicadas aos condenados, o que prevaleceu foi o disposto no voto do ministro Toffoli. Assim, Ivo Cassol foi condenado a 4 anos, 8 meses e 26 dias de detenção, com cumprimento inicial da pena em regime semiaberto, e também ao pagamento de uma multa no valor de R\$ 201.817,05 (duzentos e um mil oitocentos e dezessete reais e cinco centavos).

Já em relação ao mandato de Senador, por maioria dos votos, ficou estabelecido que a Casa Legislativa que iria deliberar a respeito, conforme art. 55, inciso VI e §2º, da Constituição Federal. Os ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Joaquim Barbosa haviam votado pela perda imediata do mandato assim que a sentença transitasse em julgado.

Os corrêus Salomão da Silveira e Erodí Matt foram condenados à mesma pena de Ivo Cassol, com a diferença da multa que, para eles foi no valor de R\$ 134.544,70 (cento e trinta e quatro mil quinhentos e quarenta e quatro reais e setenta centavos) e também decidiu-se pela perda de cargo ou emprego públicos que exerçam. Para os ministros Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio essa multa é descabida no presente caso.

## **5.5 Tipos penais da Lei nº 8.666/93**

Inicialmente, compete esclarecer que a Lei nº 8.666/93 não elenca tipos penais específicos para cada uma das sete modalidades de licitação, atualmente existentes em nosso ordenamento jurídico, pois tipifica condutas que podem vir a prejudicar o procedimento licitatório como um todo. Porém, há tipos penais que expressam a preocupação do legislador com as fraudes geradas através daquelas condutas ali estampadas, e, com base nisso, é que se apresentará neste tópico os artigos que se enquadram neste contexto, que podem, por óbvio, ser aplicados à modalidade Convite quando da ocorrência dessas fraudes.

A seção “Dos Crimes e das Penas” da Lei de licitações é iniciada com o tipo penal previsto em seu art. 89, podendo ser considerado o mais importante desta lei, pois na prática é o que tem o maior índice de ocorrência e, por esse motivo, merece ser trabalhado no presente contexto. As condutas tipificadas no referido artigo, buscam evitar a dispensa ou a inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei, com a finalidade de manter a regularidade das licitações, preservar a moralidade e, por conseguinte, o patrimônio público

que será diretamente afetado quando um procedimento licitatório estiver eivado de vícios de inexigibilidade ou dispensa, gerando uma despesa ilegal para a Administração.

O bem jurídico lesado neste tipo penal, está relacionado apenas às pessoas elencadas no art. 85, da lei em epígrafe. Contudo, quando da prática deste crime pode não ocorrer uma efetiva lesão ao patrimônio do ente contratante, já que quem foi contratado pode ter apresentado preços de mercado ao produto ou serviço objeto do contrato, mas, mesmo assim, haveria a violação do princípio da moralidade e o crime estaria consumado. Em relação ao sujeito ativo, Freitas (2013, pp. 42-43) faz algumas considerações:

Sobre o sujeito ativo deste crime, por meio da análise das condutas tipificadas (dispensar ou inexigir licitação, ou inobservar as formalidades da dispensa ou inexigibilidade), percebe-se que a natureza dessas condutas está relacionada a um comportamento específico do agente público, vale dizer, estão intimamente ligadas às atribuições de determinada função pública, pelo que tais condutas exigem uma qualidade especial do sujeito ativo, que é servidor público (art. 83 da Lei nº 8.666/93), característica esta relacionada aos crimes próprios. O fato de determinada conduta ser tida como crime próprio não afasta a possibilidade de também ser praticada por aqueles que não detêm a qualidade exigida no tipo penal para o sujeito ativo, desde que estejam em concurso de pessoas (coautoria ou participação) com aquele que reúna essa qualidade.

No que diz respeito ao verbo deste tipo penal, tem-se que “dispensar” pode ocorrer de forma comissiva ou omissiva. Na comissão ou ação, caracterizar-se-á quando o agente público emitir o ato administrativo que dispensa o procedimento licitatório, e, com a ratificação e publicação deste ato, o crime se consumará. Já na forma omissiva, há a contratação direta, sem a realização de licitação, quando a lei a exigir, com isso, o crime estará consumado. Sobre o verbo do tipo “inexigir”, é um crime de conduta comissiva, sendo, portanto, um ilícito penal que só se consumará através de uma ação. Nesse sentido, Gasparini (2001, p. 97) diz que:

Consuma-se o crime, no que respeita à dispensa, dispensabilidade ou inexigibilidade de licitação, com a edição do ato administrativo que libera a Administração Pública da realização dessa espécie de certame, independentemente da celebração do contrato. Até porque este pode não ser celebrado, não obstante o crime já se consumara. No pertinente à inobservância das formalidades dos procedimentos de dispensa ou de inexigibilidade o crime consuma-se com a prática do ato administrativo de dispensa ou inexigibilidade de licitação, sem o atendimento prévio das formalidades nos prazos previstos ou após o vencimento do prazo para a sua prática.

O tipo penal estampado no art. 90, da Lei de licitações, tem como objetivo principal, resguardar a moralidade administrativa e o regular andamento do procedimento licitatório, e, sobretudo, proteger a competitividade na licitação, que é um princípio intrínseco a esse tipo de certame. Mencionado princípio permite que a Administração Pública escolha a proposta que melhor lhe convier, obtendo, com isso, preços mais acessíveis e melhor qualidade nos produtos e serviços oferecidos.

Esse tipo penal, não exige uma qualidade específica de seu sujeito ativo, sendo um crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, chegando-se a essa conclusão quando da leitura do artigo em comento. Já o sujeito passivo é o ente licitante que tem violada a sua moralidade e fraudado seu procedimento licitatório, comprometendo a sua devida regularidade. Para a consumação deste delito não é exigível um resultado naturalístico, bastando apenas que o agente tenha a intenção de obtê-lo.

Passa-se, agora, para a análise do tipo penal do art. 93, da Lei nº 8.666/93. O bem juridicamente protegido, neste caso, é a lisura do procedimento licitatório e, igualmente, resguardar o devido funcionamento da Administração Pública, pois as condutas tipificadas no presente artigo de lei poderão frustrar a faculdade do ente público de escolher a proposta mais vantajosa, o que afetaria diretamente o erário público, causando grandes prejuízos financeiros.

O sujeito ativo deste crime pode ser qualquer pessoa, visto que não se exige nenhuma qualidade específica, porém não se pode descartar a possibilidade de ser, também, praticado por um agente público. Em relação ao sujeito passivo, são aquelas pessoas destacadas no art. 85, desta mesma lei, dependendo de quem irá realizar a licitação.

No que diz respeito à consumação, quando se tratar do verbo “impedir”, haverá a necessidade de um resultado naturalístico; quando o verbo for “perturbar”, já não se precisará deste resultado; para o verbo “fraudar”, é imprescindível o resultado naturalístico que será vislumbrado quando da prática de um ato administrativo eivado de vícios, em razão da prática de fraude.

Em análise ao ilícito penal previsto no art. 94, da Lei de licitações, percebe-se que tem uma relação de subsidiariedade com o art. 90, da mesma lei, podendo ser considerado como um dos mais abrangentes tipos penais deste diploma legal. Aqui, procura-se tutelar o regular funcionamento da Administração e, também, do procedimento licitatório, bem como resguardar o sigilo das propostas apresentadas, a competitividade e o tratamento igualitário entre os licitantes.

Para encontrar o sujeito ativo deste delito é preciso analisar o tipo penal por partes. Quando se falar em “devassar o sigilo de proposta” se estará diante de um crime

comum, que poderá ser praticado por qualquer pessoa. Por outro lado, na hipótese de “proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo”, tratar-se-á de um crime funcional, ou seja, um crime próprio, exigindo a qualidade de funcionário público. Enquanto que o sujeito passivo será o ente público no qual ocorreu o crime, tendo o autor agido sozinho, como coautor ou partícipe.

No que tange à consumação, não é preciso haver a divulgação das propostas devassadas, já que o tipo penal não exige. Quanto ao momento da consumação, tem-se que no caso do verbo “devassar”, o resultado naturalístico seria vislumbrado quando o autor do delito tomasse conhecimento das propostas sigilosas; sendo o verbo “proporcionar”, esse resultado se daria quando o sigilo das propostas fosse devassado.

Observando o art. 96, da Lei nº 8.666/93, extrai-se que este tipo penal incrimina várias condutas previstas em seus incisos, ademais, aplica a sanção mais grave, em comparação às outras abarcadas nesta lei. As práticas, aqui, incriminadas, são aquelas que conduzem a fraudes em face da Administração Pública. O bem juridicamente protegido é o patrimônio da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, procurando evitar que o patrimônio público seja lesado por procedimentos licitatórios fraudulentos. Acerca do sujeito ativo deste crime, Freitas (2013, p. 135) adverte o seguinte:

Veja que neste tipo penal não foi empregada a expressão “licitante” ou, então, “contratado”, como observado no art. 92, parágrafo único, dessa lei. Não está, por conseguinte, afastada a possibilidade de prática de tais crimes quando o contratado ou licitante for pessoa jurídica, pois, caso tivessem sido utilizadas essas expressões neste tipo penal, o crime só poderia ser praticado quando o licitante ou contratado fosse pessoa física, diante da impossibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas por crimes de licitação.

Assim, pode-se afirmar que se estará diante de um crime comum, pois qualquer pessoa poderia praticá-lo se conseguisse executar as hipóteses previstas nos incisos do artigo de lei em comento, com o intuito de fraudar o procedimento licitatório ou o contrato. O sujeito passivo seria, portanto, os entes de direito público como a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias e Fundações Públicas de Direito Público.

Levando em consideração que este tipo penal é um crime material, necessita de um resultado naturalístico para que possa se consumir. Normalmente, observa-se este resultado quando a Administração Pública paga a fatura referente à mercadoria ou ao bem fornecidos. Deste modo, mesmo que o autor utilize de uma das hipóteses fraudulentas

previstas no art. 96, da Lei de licitações, mas o resultado não é alcançado por razões alheias à sua vontade, o crime será considerado tentado.

Diante do exposto, pode-se vislumbrar que a modalidade Convite é a que mais deixa lacunas para que aquelas pessoas com intuito de beneficiar a si ou a terceiros, possam se utilizar da sua simplicidade no procedimento licitatório para este fim, de forma mais fácil do que seria nas demais modalidades de licitação, e, não obstante, ensejar fraudes em face da Administração Pública, causando prejuízos ao patrimônio público.

## 6 CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto ao longo deste trabalho de conclusão de curso, percebeu-se que são muitas as peculiaridades presentes na modalidade Convite, pois é extremamente ágil e fácil de ser operada pela Administração. O seu manejo é bem simplificado, o que justifica, por exemplo, a desnecessidade do edital, a desnecessidade de Comissão Julgadora de Licitação nas pequenas unidades administrativas, a diferença nos prazos são bem diferentes das demais modalidades licitatórias, sendo que o prazo no Convite é menor, sendo o seu objeto caracterizado pelo seu baixo valor, há também a inexigibilidade de participação de assessoria jurídica, não há necessidade do contrato administrativo, dentre outras peculiaridades.

Ficou evidenciado que são inúmeros os princípios regulamentadores das licitações. Deste modo, dando ênfase a alguns deles tem-se que o princípio da moralidade em conjunto com o princípio constitucional da igualdade, devem sempre nortear os procedimentos licitatórios em todas as suas etapas para que haja a equidade na escolha dos contratantes da Administração e que todos os participantes tenham tratamento igualitário sem possibilidade de privilégios, independentemente da modalidade licitatória, mas nem sempre esses princípios são respeitados, o que acaba por resultar em inúmeros problemas causados pelas fraudes nas licitações, especialmente na modalidade Convite.

Em relação à problemática que norteia o presente trabalho tem-se que o Convite possui um procedimento mais simples e ágil, proporcionando grandes vantagens para a Administração quando se trata de aquisição de bens ou contratação de serviços. Percebe-se, também, que essa modalidade, se comparada às demais, é bem mais informal, uma vez que seu procedimento não é tão rígido, por isso esta modalidade é tão importante para a Administração Pública.

Há que se falar, também, que no Convite a documentação é perfeitamente dispensável, uma vez que a referida documentação é própria de procedimentos mais complexos. A única ressalva é quanto à Certidão Negativa de Débito do INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) e ao Certificado de Regularidade do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), que são obrigatórios.

Outro ponto da problemática está no fato de que o Convite tende a beneficiar entidades que participam do procedimento licitatório, uma vez que a escolha dos participantes é feita de modo parcial pela própria entidade interessada no certame, levando em

conta quem melhor irá satisfazer os interesses dos administradores. Com isso, dever-se-ia modificar o modo como os licitantes interessados na licitação são convocados, passando esse encargo para pessoas que não tivessem qualquer interesse no procedimento, deixando de lado assim o interesse pessoal dos administradores.

Outra questão que causa polêmica é a desnecessidade de edital, aliás, o Convite é a única modalidade em que o edital não é uma exigência. O que se tem é a carta-convite, que é direcionada apenas a quem a entidade responsável pela licitação deseja que participe do procedimento, não havendo a ampla divulgação, que é o que reza o princípio da publicidade dos atos administrativos. Assim, para que os princípios constitucionais pudessem ser devidamente respeitados, principalmente o princípio da publicidade, seria imprescindível a exigência de edital, bem como a ampla divulgação do certame, evitando que os maus administradores convidem apenas as empresas/pessoas que podem de alguma forma lhes beneficiar.

Ressalte-se que a legislação regulamentadora das licitações é pertinente, mas, em realidade, não produz a devida eficácia, devendo ser modificada, uma vez que há muitas lacunas que devem ser preenchidas, a fim de barrar as possíveis práticas de atos de improbidade administrativa. Assim, é importante que a Lei nº 8.666/93 seja operada com seriedade, sendo que a sua não observância pode ensejar severas consequências que poderão refletir na seara penal (crimes), civil (multa e reparação civil), política (suspensão ou perda do mandato) e administrativa (proibição de contratar e receber incentivos, e perda do cargo, emprego ou função pública).

Evidencia-se, assim, que o procedimento aplicado ao Convite é eivado de inconstitucionalidade e por se tratar de modalidade utilizada em licitações de menor vulto (preço), constantemente vem sendo objeto de fraudes, pois deixa margens para a prática de atos de improbidade por parte dos maus administradores, assim como ficou demonstrado por meio dos casos concretos apresentados no quarto capítulo do presente trabalho.

Portanto, essa insegurança advinda dos inúmeros casos confirmados de fraudes licitatórias só deverá ser saciada com a modernização da redação da Lei de licitações, devendo-se torná-la mais eficiente e rigorosa, especialmente no que diz respeito ao procedimento destinado ao Convite, ou, quem sabe, extinguir efetivamente essa modalidade, já que pode ser substituída por outras.

## REFERÊNCIAS

### **Doutrinas e livros:**

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª Edição, Revisada, Ampliada e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2014.
- DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.
- FERREIRA, João Sanches. **Da Licitação na Modalidade de Convite**. 1ª Edição (Ano 2001), 5ª Tiragem. Curitiba: Juruá, 2009.
- FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Crimes na Lei de Licitações**. 3ª Edição, Revisada, Ampliada e Atualizada. Niterói – Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
- GASPARINI, Diogenes. **Crimes na Lei de Licitação**. 2ª Edição. São Paulo: NDJ, 2001.
- GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17ª Edição, Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.
- KNOPLOCK, Gustavo Mello. **Manual de Direito Administrativo: Teoria, Doutrina e Jurisprudência**. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6ª Edição. Niterói – Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Edição, Atualizada por Eurico Azevedo. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª Edição, Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.
- MENDES, Renato Geraldo. **O Processo de Contratação Pública – Fases, Etapas e Atos**. 1ª Edição. Curitiba: Zênite, 2012.
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 32ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 4ª Edição, Revisada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

**Artigos da internet:**

BRASIL. **Acórdão nº 775/2011**. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2011&colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=775&>. Acesso em: 07/11/2014.

**A modalidade da licitação Carta Convite, sob a ótica principiológica constitucional.**

Marcos Vinicius Lopes. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2809/A-modalidade-da-licitacao-Carta-Convite-sob-a-otica-principiologica-constitucional>. Acesso em: 07/11/2014.

**A participação de empresas distintas com sócios em comum na modalidade Convite.**

Cláudio J. Abreu Júnior. Disponível em: <http://www.zenite.blog.br/vedacao-a-participacao-de-empresas-distintas-com-socios-em-comum-na-modalidade-convite-visao-do-tcu/#.VH0QT2d0q3x>. Acesso em: 08/11/2014.

**As fragilidades da Carta Convite.** Rodolpho Pandolfi Damico. Disponível em:

[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2544](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2544). Acesso em: 01/03/2014.

**BRASIL. STF condena senador Ivo Cassol e corrêus por fraude a licitações.** Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=245227>. Acesso em: 08/11/2014.

**Legislação:**

**BRASIL. Código Penal de 1940.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 13/04/2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 07/04/2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862.** Disponível em:  
<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html>. Acesso em: 10/04/2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3555.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm). Acesso em: 10/04/2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm). Acesso em: 10/04/2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm). Acesso em: 12/04/2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8248.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8248.htm). Acesso em: 08/04/2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 12/04/2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 20/02/2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8883.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8883.htm). Acesso em: 11/04/2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm). Acesso em: 11/04/2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm). Acesso em: 20/04/2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9491.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm). Acesso em: 20/04/2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9648cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9648cons.htm). Acesso em: 20/04/2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.854, de 27 de outubro de 1999.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9854.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9854.htm). Acesso em: 12/04/2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9986.htm). Acesso em: 12/04/2014.

- \_\_\_\_\_. **Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110438.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110438.htm). Acesso em: 11/04/2014.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm). Acesso em: 14/04/2014.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm). Acesso em:  
13/04/2014.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm). Acesso em:  
14/04/2014.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm). Acesso em:  
14/03/2014.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111196.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111196.htm). Acesso em:  
11/04/2014.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm). Acesso em:  
13/04/2014.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/Lei/L11481.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11481.htm). Acesso em:  
26/04/2014.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111484.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111484.htm). Acesso em:  
22/04/2014.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm). Acesso em:  
26/04/2014.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 12.440, de 7 de julho de 2011.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112440.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112440.htm). Acesso em:  
13/04/2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em:  
14/05/2014.

\_\_\_\_\_. **Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/Antigas/2026.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/2026.htm). Acesso em: 22/04/2014.

\_\_\_\_\_. **Medida Provisória nº 2.182, de 23 de agosto de 2001.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/Antigas\\_2001/2182-18.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2182-18.htm). Acesso em:  
22/04/2014.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 5, de 15 de janeiro de 1998.** Disponível em:  
<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/1998/423-resolucao-5>. Acesso em: 22/04/2014.