FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
FANESE

WESLEY MATHEUS DE SOUZA OLIVA

LICITAÇÃO PÚBLICA: A ILEGALIDADE DA MODALIDADE CONVITE

ARACAJU
2017

WESLEY MATHEUS DE SOUZA OLIVA

LICITAÇÃO PÚBLICA: A ILEGALIDADE DA MODALIDADE CONVITE

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE) como um dos pré-requisitos para obtenção de título de bacharel em Direito.

Orientador: Dr. João Cláudio da Conceição

ARACAJU

2017

O48i

OLIVA, Wesley Matheus de Souza.

Licitação Pública: ilegalidade da modalidade convite / Wesley Matheus de Souza Oliva. Aracaju, 2017. 58f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito

Orientador: Prof. Dr. João Cláudio da Conceição

1. Licitação 2. Convite 3. Ilegalidade I. TÍTULO.

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira – CRB-5/1255

WESLEY MATHEUS DE SOUZA OLIVA

LICITAÇÃO PÚBLICA: A ILEGALIDADE DA MODALIDADE CONVITE

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE) como um dos pré-requisitos para obtenção de título de bacharel em Direito.

Aprovado em: 02 / 12 / 2017

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. João Cláudio da Conceição (Orientador)
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Esp. Narbal Alves Guimarães Bisneto
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof.ª Me. Patrícia Andréa Cáceres da Silva
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

À Deus. Pois quando você passar por momentos difíceis e se perguntar onde estará Deus, lembre-se que durante uma prova, o professor está em silêncio.

Dedico.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a **Deus**, por ter me dado força para superar todos os obstáculos e conseguir alcançar meu objetivo.

A minha família e a minha namorada **Rayza** pelo apoio principalmente nos momentos mais difíceis. Sendo minha mãe **Maria**, meu pai **Marcelo**, irmão **Weverton** e minha afilhada **Leticia**.

Aos Professores do Curso de Direito que transmitiram suas experiências práticas e acadêmicas para a construção do saber.

De forma especial os Professores Dr. **João Cláudio da Conceição** que aceitou de pronto a orientação deste trabalho, e ao Dr. **Alessandro Buarque Couto** que me muito me ensinou e ainda no ano 2016 me despertou o interesse pelo presente tema.

MUITO OBRIGADO!

“Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, por sua origem ou ainda por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender, e se podem aprender a odiar, elas podem ser ensinadas a amar”.

Nelson Mandela

RESUMO

O presente estudo trata das licitações públicas, mas especificamente da modalidade convite, expondo as inobservâncias de princípios e ilegalidades do processo licitatório. Demonstrar os princípios que regem a Administração Pública e os princípios específicos das licitações públicas em conflito com a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações) onde disciplina sobre a modalidade convite, além disso, o conflito com a Lei nº 12.527/11 (Lei da Transparência). O método de estudo adotado foi o dialético, com a pesquisa do tipo exploratória, através de um levantamento bibliográfico. Portanto, abordando os princípios da Administração Pública e das licitações, as modalidades de licitação, os aspectos jurídicos da modalidade convite e o apontamento dos fatos que motivaram esse estudo, como falta de publicidade, possibilidade de fraude através do direcionamento do instrumento convocatório, denominado carta convite, que vem a ferir alguns princípios como o da impessoalidade, da moralidade e probidade e legalidade, assim possibilitando fraudar as licitações e causar danos a Administração Pública.

Palavras-chave: LICITAÇÃO. CONVITE. ILEGALIDADE

ABSTRACT

The present study deals with public tenders, but specifically the invitation modality, exposing the nonobservances of principles and illegalities of the bidding process. Demonstrate the principles governing Public Administration and the specific principles of public biddings in conflict with Law 8,666 / 93 (Law on Tenders) where discipline on the modality calls, in addition, the conflict with Law 12,527 / 11 (Law of Transparency). The method of study adopted was the dialectic, with the research of the exploratory type, through a bibliographical survey. Therefore, addressing the principles of Public Administration and bidding, the bidding modalities, the legal aspects of the invitation modality and the details of the facts that motivated this study, such as lack of publicity, possibility of fraud through the targeting of the instrument called a letter invitation, which comes to hurt some principles such as impersonality, morality and probity and legality, thus making it possible to defraud bids and cause damage to the Public Administration.

Keywords: BIDDING. INVITATION. ILLEGALITY

Sumário

1. INTRODUÇÃO 12
2. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 14
2.1. Princípio da Legalidade 14
2.2. Princípio da Supremacia do Interesse Público 15
2.3. Princípio da Impessoalidade 16
2.4. Princípio da Presunção de Legitimidade ou de Veracidade 17
2.5. Princípio da Especialidade 17
2.6. Princípio do Controle ou Tutela 18
2.7. Princípio da Autotutela 18
2.8. Princípio da Hierarquia 19
2.9. Princípio da Continuidade do Serviço Público 19
2.10. Princípio da Publicidade 19
2.11. Princípio da Moralidade e da Probidade 21
2.12. Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade 22
2.13. Princípio da Motivação 22
2.14. Princípio da Eficiência 23
2.15. Princípio da Segurança Jurídica 24
2.16. Princípio da Ampla Defesa e Contraditório 25
3. PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO 26
3.1. Princípio da Igualdade 26
3.2. Princípio da Legalidade 27
3.3. Princípio da Impessoalidade 28
3.4. Princípio da Moralidade e da Probidade 28
3.5. Princípio da Publicidade 29
3.6. Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório 30
3.7. Princípio do Julgamento Objetivo 30
3.8. Princípio da Adjudicação Compulsória 30
3.8. Princípio da Licitação Sustentável 31
4. LICITAÇÃO PÚBLICA 33
4.1. Modalidades de Licitação 33
4.1.1. Concorrência 34
4.1.2. Tomada de Preços 34
4.1.3. Modalidade Convite 35
4.1.4. Concurso 37

4.1.5. Leilão 37
4.1.6. Pregão 38
4.1.7. Consulta 39
5. MODALIDADE CONVITE E SUA ILEGALIDADE 41
5.1. Quanto a Publicidade 41
5.2. Quanto a Escolha das Empresas para o Convite 42
5.3. Prazo para a informação de Edital 42
5.4. Possibilidade de Contratação com a Desclassificação de Empresas Convidadas, Onde Resta Uma Empresa. 43
6. ASPECTOS JURÍDICOS DO CONVITE 44
6.1. Sobre a Ótica dos Processos Judiciais 44
6.2. Sobre a Ótica dos Tribunais de Contas 52
7. CONCLUSÃO 54
REFERÊNCIAS 56

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública se submete ao regime jurídico e aos princípios que regulam seu funcionamento. Os princípios que regulam a Administração Pública estão previstos no artigo 37, caput da Constituição Federal, sendo que existem princípios que não estão expressos neste devido artigo da Constituição Federal, mas que também devem ser observados para o desempenho das atividades por parte da Administração Pública.

Os princípios que regulam a Administração são eles: Legalidade, Supremacia do Interesse Público, Impessoalidade, Presunção de Legitimidade ou de Veracidade, Especialidade, Controle ou Tutela, Autotutela, Hierarquia, Continuidade do Serviço Público, Publicidade, Moralidade e da Probidade, Razoabilidade e Proporcionalidade, Motivação, Eficiência, Segurança jurídica, Ampla Defesa e Contraditório, entre outros. Sendo que nos atos praticados pela Administração Pública, a lei e os princípios devem ser observados para uma total legalidade e segurança jurídica de todos os atos.

Ao mesmo tempo existe princípios para regular as licitações, que são procedimentos utilizados para aquisição de bens e serviços por parte da Administração Pública. As licitações são regulamentadas em sua maioria pela Lei nº 8.666/93 e em seu artigo 3º traz os princípios que regem a licitação, a fim de que o processo licitatório seja legal e atinja seus objetivos.

A lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações) dispõe de modalidades para a aquisição de bens e serviços por parte da Administração Pública. Estas modalidades estão previstas no artigo 22 da Lei nº 8.666/93, além das modalidades previstas na lei de licitação, existe mais duas modalidades de licitação, sendo o pregão (Lei nº 10.520/02) e a consulta que vem na lei da Anatel (Lei nº 9.986/00), mas se vislumbra que estas sejam inconstitucionais, pois existe uma vedação na lei de licitações sobre a criação de novas modalidades licitatórias. O artigo 22, §3º da Lei nº 8.666/93, referência a modalidade convite, sendo esta a modalidade mais simplificada e de menor valor entre todas as modalidades de licitação

O instrumento convocatório da modalidade convite é denominado carta convite, e este é enviado para as empresas que podem vir a participar da licitação, sendo esse

afixado em local apropriado, mas não tendo a mesma publicidade das outras modalidades de licitação.

A modalidade convite tem todo seu procedimento simplificado, a fim de obter uma celeridade no processo licitatório, mas esse procedimento simplificado cria vícios no processo licitatório, levando esta modalidade a um patamar de ilegalidade.

Os vícios que o convite traz vem a partir da falta de publicidade do processo licitatório, pois esta não tem ampla divulgação e dificulta a possibilidade da ampla concorrência, além de ir de encontro a Lei nº 12.527/11 (Lei de Transparência) nos seus artigos 3º e 7º, inciso VI.

Além disso, existe a possibilidade de direcionamento das cartas convites, assim para atingir interesses próprios, indo de encontro a princípios como da supremacia do interesse público, da impessoalidade, da moralidade e probidade, e o princípio da legalidade regem a Administração Pública, assim abre possibilidade de fraude no processo licitatório. Tornando-se um convite à fraude contra a Administração Pública.

Ver-se que esta modalidade convite pode continuar em uso, no entanto tendo seus vícios sanados para garantir uma segurança jurídica, ou até mesmo o uso de outra modalidade para aquisição de bens e serviços. Existe a necessidade do cumprimento da lei e dos princípios para ter garantida a legalidade dos processos licitatórios e com isso uma segurança jurídica e confiança na Administração Pública.

Então objetiva-se o cumprimento dos requisitos e princípios para que todo o processo licitatório seja legalmente constituído e cumprido, no entanto a modalidade convite não cumpre alguns requisitos que são necessários para o efetivo cumprimento do processo licitatório, assim podendo trazer uma insegurança aos interessados, participantes e o interesse público, pois os princípios e requisitos são para proteger a todos que estão envolvidos no processo licitatório. Então existe a necessidade do cumprimento de todos os requisitos e princípios para uma maior segurança jurídica a todos os comprometidos no processo licitatório. Sendo assim a abordagem se vale da ineficiência no processo licitatório da modalidade convite.

2. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios da Administração Pública são utilizados para orientar seu funcionamento, sendo que alguns de seus princípios são fundados em outros ramos do direito e que todos os princípios devem ser seguidos obrigatoriamente para o bom funcionamento da Administração Pública e para que o direito Administrativo seja interpretado.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 37, caput, dispõe os princípios quais a Administração Pública deve se submeter e a Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), onde traz outros princípios para o andamento da Administração Pública. Vale ressaltar que existem princípios que regem a Administração Pública que não são expressos e que outras leis fazem menção aos princípios da Administração Pública.

2.1. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é utilizado para regular o cumprimento da lei. Segundo Hely Lopes (2013) o princípio da legalidade “significa que o Administrador Público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum”. Dentre todos os princípios que compõe o ramo administrativo, destaca-se por assumir papel de atividade funcional, o princípio da legalidade.

O mesmo evidencia a função do Administrador em sociedade. Um dos pilares que enaltecem esse princípio é justamente o prezo pela honestidade e responsabilidade que o administrador assume quando se torna parte do poder Administrativo (tanto público quanto privado).

Hely Lopes procura evidenciar a finalidade da atividade administrativa, e para salientar a relação direta das atividades exercidas com o Administrador com o atendimento da Lei (a legalidade é a visão de instigar os princípios administrativos) e do Direito.

Atualmente quando se faz um paliativo da Administração Pública para a particular, veem-se vários pontos que separam e caracterizam cada um. Enquanto na

Administração Pública, não existem ações promovidas em primeira pessoa, ou seja, não se deve agir como achar melhor adequado, e o Administrador é intencionado a seguir normas. Já no particular, é viável praticar ações que a lei não coíbe.

As principais ideias que regem as leis administrativas são: a) São de ordem pública; b) Seus ideais não podem ser descumpridos (nem a menor hipótese de quaisquer acordos ou vontade geral de aplicadores e destinatários). Afirmando que abrigam dentre os valores do princípio da legalidade, os verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis por meio de agentes públicos.

A importância que a função pública exerce somada ao propósito do Estado que impossibilita seus agentes parem de executar os poderes as quais lhe são conferidos e o cumprimento dos deveres que as leis impõem.

O que antes apenas era sustentado por doutrina, se tornou determinação legal, através da lei reguladora da ação popular (equivalente a um valor nulo de ações danificadoras a patrimônios públicos quando deteriorado, que o autor classifica como “ilegalidade do objeto”, que a mesma é definida, segundo a Lei 4.717/65, artigo 2º, “c”, e parágrafo único, “c”, como: “A ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo.”)

O termo Administração legítima, nada mais é que legalidade e probidade administrativa, visando cumprir todas as exigências previstas na Lei, sendo assim desenvolve uma maior segurança jurídica na instituição pública.

2.2. Princípio da Supremacia do Interesse Público

O princípio da supremacia do interesse público é utilizado como base para a atuação do Estado, para que se tenha predominante o interesse do Estado, desta forma o interesse privado está subordinado ao interesse do Estado.

> [...] as normas de direito público embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a ideia do homem como fim único do direito (próprio do individualismo) pelo princípio que hoje serve de

> fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as decisões: o de que os **interesses públicos têm supremacia sobre os individuais.** (DI PIETRO, 2014. P 66).
>
> Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a consequente ampliação do próprio conceito de serviço público. O mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar a ordem de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social. (DI PIETRO, 2014. P 66).
>
> Tudo isso em nome dos interesses públicos que incumbe ao Estado tutelar. É, pois, no âmbito do direito público, em especial do Direito Constitucional e Administrativo, que o princípio da supremacia do interesse público tem a sua sede principal. (DI PIETRO, 2014. P 67).

Este princípio vincula a Administração Pública no exercício das atividades, portanto busca evitar o desvio da finalidade ou desvio de poder por parte do gestor público, assim só atingindo o interesse público e não pessoal.

Além disso, o princípio da supremacia do interesse público serve para assegurar a proteção dos direitos da coletividade por meio da Administração Pública e garante a continuidade da democracia, quando é levado em consideração a vontade geral e não a vontade de uma única pessoa ou um pequeno grupo.

2.3. Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade ou finalidade advém da busca pelo ato legal do Administrador, através do ato impessoal como prevê a lei, além disso objetiva excluir qualquer promoção pessoal que o Administrador possa a vir querer fazer.

Estes princípios deixam claro que o interesse a ser levado em consideração será o interesse público e nunca o privado ou para auto promoção pública, pois aquele que não for levado em consideração o interesse público estarão propícios a invalidação por desvio de finalidade, sendo assim a finalidade do ato sempre deve ser pública, assim se faz vedado qualquer ato administrativo sem interesse público, visando satisfazer os outros interesses que não sejam da Administração Pública, ante isso, estes princípios estão ligados ao princípio da igualdade para que todos sejam tratados iguais pela Administração Pública.

“O princípio da impessoalidade, referido na Constituição/88 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal.” (MEIRELLES, 2013. P.95)

Sendo assim, os atos da Administração Pública devem ser praticados com o objetivo de atender sua finalidade e atingir o interesse público, ficando vedado qualquer decisão com fim de retaliação ou favorecimento. O administrador público deve ser totalmente imparcial e buscar atingir somente o interesse público, desta forma garantindo a finalidade do ato por parte da Administração Pública.

2.4. Princípio da Presunção de Legitimidade ou de Veracidade

Este princípio da presunção de legitimidade, também é conhecido como princípio da presunção de legalidade. O referido princípio traz em seu semblante a presunção da verdade e a presunção da legalidade.

O primeiro aspecto demonstra a certeza dos fatos, já o segundo aspecto deste princípio dispõe que a Administração Pública se submete a Lei, desta forma até que se prove o contrário todos os atos são verdadeiros e praticados com o rigor da lei, assim sendo uma presunção relativa. Esta presunção torna as decisões administrativas passivas de execução imediata, e pode gerar obrigações sem que o particular concorde com a tal obrigação ou decisão da Administração Pública.

2.5. Princípio da Especialidade

O princípio da especialidade trata da descentralização administrativa, ou seja, a descentralização da prestação do serviço público, referindo se as Autarquias, sendo que esta tem a especialização da função que esta tem que cumprir na Administração Pública e não podendo afastar-se da finalidade para qual foi criada.

Esse princípio é voltado para as autarquias, segundo Di Pietro “não há razão para negar a sua aplicação quanto às demais pessoas jurídicas, instituídas por lei, para integrarem a Administração indireta. Sendo necessariamente criadas ou autorizadas por lei (conforme norma agora expressa no artigo 37, incisos XIX e XX, da Constituição), tais entidades não podem desvirtuar-se dos objetivos legalmente definidos. Com relação às sociedades de economia mista, existe norma nesse

sentido, contida no art. 237 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 76, em cujos termos “a companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição”. Significa que nem mesmo a Assembleia Geral de acionistas pode alterar esses objetivos, que são institucionais, ligados a interesse público indisponível pela vontade das partes interessadas”.

2.6. Princípio do Controle ou Tutela

O princípio do controle ou tutela busca garantir que as Autarquias sigam o princípio da especialidade. Sendo assim, é o meio que a Administração Pública fiscaliza as entidades que formam a Administração Pública Indireta, a fim de verificar se estão cumprindo sua finalidade, assim tem um controle nas Entidades e Autarquias que formam a Administração Indireta.

Este princípio não vem a afetar a independência e o funcionamento das entidades, pois a regra é a autonomia. Desta forma o controle somente vai assegurar o cumprimento da finalidade das entidades e não interferir no seu andamento.

2.7. Princípio da Autotutela

No princípio da autotutela a Administração Pública exerce o controle sobre seus próprios atos, podendo revogar, anular, independente da intervenção do poder judiciário. O princípio da autotutela decorre do princípio da legalidade, pois a Administração Pública desempenha suas atividades em concordância com a lei, tendo assim um controle da legalidade dos seus próprios atos.

Este princípio tem base em súmulas do STF nº 346, “a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”; e nº 476, “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Além disso este princípio disciplina que a Administração Pública tem o dever de guarda sobre seus patrimônios e evitar que se ponha em risco a conservação dos bens públicos.

2.8. Princípio da Hierarquia

O princípio da hierarquia trata das relações de subordinação e coordenação da Administração Pública, que tem suas atribuições definidas em lei. Sendo assim a Administração Pública tem o dever de fiscalizar os atos dos subordinados, além de revogar, delegar atribuições e punir as insubordinações.

2.9. Princípio da Continuidade do Serviço Público

Esse princípio consiste na impossibilidade da interrupção do serviço público que se entenda essencial a população, ou seja, o serviço prestado pelo Estado não pode ser interrompido, pois é indispensável e fundamental para a coletividade. O artigo 37, inciso VII da Constituição Federal demonstra este princípio quando diz “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em Lei específica”, posto isso por falta da Lei específica o Supremo Tribunal Federal decidiu aplicar a Lei nº 7.783/89, onde concilia o direito de greve com a necessidade da continuidade do serviço público.

2.10. Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade previsto no artigo 37º da Constituição Federal de 1988, exige que todos os atos da Administração Pública devem ser divulgados, no entanto observando hipóteses de sigilo que está disposto na lei. Além do artigo 37º da Constituição Federal de 1988, o artigo 5º, inciso LX, dispõe “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

> Publicidade é a divulgação oficial dos atos para conhecimento público início dos seus efeitos externos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros. (MEIRELLES, 2013. P.97)

A Administração Pública é responsável pelos interesses públicos, desta forma seus atos devem ser públicos, ressaltando que o inciso LX do artigo 5º da Constituição Federal prevê que o direito do indivíduo deve ser preservado, ou seja, as informações do indivíduo devem manter-se em sigilo, levando em consideração as exceções previstas na lei.

> A Lei nº 12.527, de 18-11-11, que regula o acesso a informações, estabelece, no artigo 31, § 1º, que as informações pessoais, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem terão seu acesso restrito, independente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem anos) a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e a pessoa a que elas se referirem; e poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem. No § 3º do mesmo dispositivo são indicadas as hipóteses em que o consentimento não será exigido. O § 4º proíbe que a restrição de acesso a informação seja invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância. (DI PIETRO, 2014. P. 73)

Desta forma a lei prevê casos que as informações podem ser divulgadas até por consentimento do indivíduo.

> O inciso XXXIII estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu **interesse particular**, ou de **interesse coletivo** ou **geral**, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, **ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;** essa norma deve ser combinada com a do inciso LX, que garante o sigilo dos atos processuais quando necessário à defesa da intimidade e proteção do interesse social. Tais dispositivos estão disciplinados pela Lei nº 12.527, de 18-11-11. (DI PIETRO, 2014. P 74).
>
> Essa Lei disciplina também os artigos 37, § 3º, II, e 216, § 2º, da Constituição; o primeiro prevê lei que assegure o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos do governo, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII; segundo outorga à Administração Pública a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitarem. (DI PIETRO, 2014. P. 74)

O direito à informação é garantido a qualquer pessoa, mas no caso do direito ser suprimido existe a possibilidade de garantir essa informação por meio do habeas data, como disposto no artigo 5º, inciso LXXII da Constituição Federal “conceder-se-á *habeas data:* a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa

do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo".

> O princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral, através dos meios constitucionais. (MEIRELLES, 2013. P.97)

> O **habeas data** tem, pois, uma finalidade restrita; em outras hipóteses, o direito à informação pode ser assegurado pelas vias ordinárias ou por mandado de segurança, já que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV). (DI PIETRO, 2014. P. 74).

O direito à informação será protegido pelo habeas data, mas só será válido a seu uso quando existe a negativa por parte do poder público a informação a qual o indivíduo deseja. Além disso, o direito à informação deve ser preservado como garantia a democracia e bom funcionamento da Administração Pública. Portanto a publicidade de todos os atos da Administração Pública traz uma segurança jurídica.

2.11. Princípio da Moralidade e da Probidade

O princípio da moralidade e da probidade traz sentido no conceito de honestidade, ou seja, caráter honesto, de probidade e preceitos morais. Segundo Hely Lopes o "princípio da probidade, que nada mais é do que honestidade no modo de proceder." Exercitar o princípio da moralidade refere-se justamente cobrar da Administração uma postura coerente, justa, seguindo princípios da justiça e claro, não se desprendendo ao papel de honestidade em momento algum. Já o da probidade, é uma forma de continuar sempre com a conduta honesta.

A lei nº 8.429/92 (Lei de improbidade) objetiva que os atos praticados pelo Administrador Público não vão de encontro ao princípio da moralidade e probidade, e para isso qualquer ato que vá de encontro à lei estará passivo de sanções. Assim se faz necessário a moralidade e probidade na Administração Pública, pois garante a legalidade dos atos públicos.

Segundo a Lei nº 8.666/93 que interliga ambos princípios fazendo referência entre si. Mesmo o primeiro estando na Constituição, e dessa maneira não abriga uma definição exata, assim englobando um círculo de condutas ainda não absorvidas pelo

Direito. Enquanto a probidade, ou como mais usada improbidade administrativa, possui muitos traços no direito positivo, sendo que existem sanções segundo a Constituição para reprimir os servidores que nela recaem (artigo 37, parágrafo 4º).

2.12. Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade

O princípio da razoabilidade e proporcionalidade busca evitar os excessos por parte da Administração Pública, coibir restrições desnecessárias, lesivas, abusivas, ou qualquer ato que possa ferir os direitos fundamentais, pois a lei deve prevalecer, não a vontade do julgador. Estes princípios são aplicados com discricionariedade, pois estes servem como mecanismo de limitação, mostrando sua função de controle exercida pelos tribunais. Tendo assim adequação do meio e fim nos processos administrativos, levando em consideração a lei e os fatos que vem do homem.

> Nos processos administrativos a observância do critério de "adequação entre os meios e fins", cerne da razoabilidade, e veda "imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público", traduzindo aí o núcleo da noção da proporcionalidade (cf. art. 2º, parágrafo único, VI)." (MEIRELLES, 2013. P.97)

Este princípio é aplicado para interferir imposições que venham da Administração Pública, superior ao que se julga necessário do próprio interesse, além disso atribui a funcionalidade do princípio, evidenciando a busca pelo justo cumprimento das obrigações ou qualquer atividade junto a Administração Pública, garantindo os direitos.

2.13. Princípio da Motivação

O princípio da motivação torna obrigatório a fundamentação de fatos e de direitos para a tomada de decisões por parte da Administração Pública. Este princípio não está disposto na Constituição Federal de 1988, no entanto a Lei 9.784/99 (Lei de Procedimento Administrativo Federal) no seu artigo 2º, caput, sendo que no parágrafo único, inciso VII existe a exigência dos fatos e direitos nas tomadas de decisões por parte da Administração Pública. Sendo que no artigo 50º da mesma lei dispõe sobre a obrigatoriedade da motivação da decisão por parte da Administração Pública.

> Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
> I - Neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

> II - Imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
> III-Decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
> IV - Dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
> V - Decidam recursos administrativos;
> VI - Decorram de reexame de ofício;
> VII-Deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
> VIII - Importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.
> § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.
> § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.
> § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Vê-se que o princípio da motivação é meio garantidor do interesse ou direito individual, mas o objetivo principal é garantir a legalidade das decisões da Administração Pública.

2.14. Princípio da Eficiência

É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público" (MEIRELLES, 2013). Assim classificado como princípio recente do meio administrativo, tem como função principal que a atividade administrativa seja cumprida com prontidão e rendimento funcional. Como não se satisfaz somente com o princípio da legalidade, pede resoluções positivas em relação ao serviço público e um atendimento gratificante das carências da população e dos indivíduos que compõe a mesma. Sabendo que a duração do processo que não se mostrar razoável, afronta esse direito da Administração, possibilitando o aprimoramento do servidor que lhe criou a causa.

Um excelente termo utilizado por o autor Hely Lopes para elucidar o que se torne uma improbabilidade administrativa, parte da ideia que no princípio da eficiência, apenas um elemento objetivo enfocado de aferimento entre merecimento e impeditivo da promoção. Todavia, essa prontidão quanto ao exercício quanto as funções e cessão impertinente de processo, possam ser consideradas para promover por merecimento.

A Emenda Constitucional 45, apresenta na edição da súmula voltada ao efeito vinculante para Administração Pública, no §1º do artigo 103-A, fala que: “Objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos”. Frisando que ao distanciar óbices apontados para referir a uma execução da atividade administrativa, associada a súmula vinculante que garante determinada atividade que seja cumprida de forma eficaz.

2.15. Princípio da Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica nada mais é que a estabilidade do sistema normativo, desta forma segundo Hely Lopes “o princípio da segurança jurídica é considerado como uma das vigas mestras da ordem jurídica” (MEIRELLES, 2013), como rege seu próprio nome esse princípio possuí papel fundamental estabilidade no ordenamento jurídico.

Primeiro ponto a ser dissertado é que existe um importante crescimento do princípio da segurança jurídica, pois compreende o princípio da boa-fé e proteção. Desta forma este princípio traz uma estabilidade sobre situações jurídicas e corrige os vícios constantes. O princípio da segurança jurídica está ao lado do princípio da legalidade, com isso trazendo parte da essência da expressão Estado Democrático de Direito. A lei retratada é a Lei 9.784/99, que especifica a fidelidade referente ao princípio da segurança jurídica.

A segurança jurídica sustenta a dignidade da pessoa, baseia-se em um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF/88, artigo 1º, III), fixada no próprio princípio da moralidade administrativa. A moralidade a qual está sendo aprofundada é similar à “boa-fé subjetiva” presente no Direito Privado.

A outra consequência que se encontra presente no art. 2º, caput, é o artigo 54 da Lei 9.784/99, anexando o período decadencial de cinco anos para cancelamento do “ato administrativo”, iniciando a contagem de sua prática. Quanto a outra consequência refere-se diretamente da segurança jurídica é a entidade da modulação temporal dos efeitos da enunciação de inconstitucionalidade prevista no artigo 27 da Lei 9.868/99.

Assim, o princípio da segurança jurídica desenvolve uma constância determinante para o ganho e aumento de confiança na Administração Pública e no ordenamento jurídico.

2.16. Princípio da Ampla Defesa e Contraditório

O princípio da ampla defesa e contraditório é previsto expressamente com a finalidade de acompanhar que o direito constitucional seja assegurado nos processos administrativos. Observando que já havia na constituição a garantia da ampla defesa, no entanto não se falava em litigantes, sendo assim trazido este direito na Constituição Federal de 1988, então a Constituição Federal não se limita ao contraditório e ampla defesa, assim desenvolvendo os direitos em todos os processos administrativos, punitivos ou não.

Quanto aos litigantes sempre vai existir um conflito de interesses, não se falando em lide, pois será caso de processo judicial tendo um conflito de interesse a decisão deverá ser motivada como prevê a lei, para que se exerça o direito a defesa e ao contraditório, assim evidenciando uma segurança jurídica. Além disso, este princípio garante o devido processo legal, assim trazendo igualdade para todos na forma da lei.

3. PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

A licitação é um procedimento adotado pela Administração Pública para aquisição de bens ou prestação de serviços, e a escolha se dá a partir da seleção da melhor proposta. A licitação está prevista no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, onde fica disciplinada a necessidade do uso de licitações.

O artigo 3º da Lei nº 8.666/93 dispõe os princípios a serem observados no processo licitatório, no entanto existe princípios que não estão expressos neste artigo da Lei, mesmo assim devem ser observados para que o processo licitatório seja legal e atinja seus objetivos.

3.1. Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade criou uma base segura para a licitação pública, pois permite que a Administração escolha o melhor preço, mas além disso garante direitos iguais a todos. Este princípio está previsto no artigo 37, XXI da Constituição Federal, pois veda o favorecimento de qualquer licitante e a própria lei de licitação pública (8.666/93), que descreve a importância do princípio da igualdade.

> No § 1º, inciso I, do artigo 3º da Lei 8.666, está implícito outro princípio da licitação, que é o da competividade decorrente do princípio da isonomia: é vedado aos agentes públicos “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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no artigo 3º da Lei nº 8.248, de 23-10-1991”. (DI PIETRO, 2014. P. 378).

> No mesmo § 1º, inciso II, do artigo 3º, da Lei nº 8.666/93, há ainda outra aplicação do **princípio da isonomia,** quando se veda aos agentes públicos “estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no artigo 3º da Lei nº 8.248, de 23-10-91”. (DI PIETRO, 2014. P. 378).

A lei de licitação 8.666/93, disciplina em outros artigos sobre a importância da competividade e isonomia nas licitações, no entanto a própria lei traz exceções.

> Pelo menos quatro hipóteses: (a) quando a exigência discriminatória for pertinente ou relevante para o especifico objeto do contrato; (b) para garantir a margem de preferência estabelecida pelos §§ 5º a 12 do artigo 3º; (c) para as hipóteses previstas no artigo 3º da Lei nº 8.248/91; e (d) para definir os critérios de desempate. Além disso, a Lei Complementar nº 123, de 14-12-06, veio conceder benefícios as microempresas e empresas de pequeno porte, estendidos às cooperativas pela Lei nº 11.488/07, também como exceção ao princípio da igualdade entre os licitantes. E ainda houve a inclusão do desenvolvimento sustentável como um dos objetivos da licitação, no caput do artigo 3º, dando margem à aceitação da chamada licitação sustentável, que autoriza a previsão, no instrumento convocatório, de exigências que favoreçam a proteção do meio ambiente, em harmonia com desenvolvimento social e econômico. (DI PIETRO, 2014. P. 379).

No uso das exceções deve se observar os princípios da razoabilidade e do princípio do devido processo legal, a fim de garantir a legalidade em todo processo licitatório.

O princípio da igualdade deve ser observado sempre, pois nenhum participante pode ser tratado de forma desigual se não for na forma da lei. Assim evita ilegalidades nos processos licitatórios, pois o gestor público não poderá retaliar ou beneficiar nenhum participante no processo licitatório.

Vale ressaltar que a Lei Complementar nº 123/06 no seu artigo 48º, prevê a possibilidade de licitação para participação somente de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Esta possibilidade já estava prevista nos artigos 170, IX e 179 da Constituição Federal, sendo que esta medida é para tentar incentivar a participação das microempresas e empresas de pequeno porte, assim trazendo um desenvolvimento econômico e social e o artigo 47º da Lei Complementar nº 123/06 reafirma o que já estava expresso na Constituição Federal.

3.2. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, previamente apreciado acerca da Administração Pública, ao que se refere na licitação, o princípio da legalidade é de imensa relevância como dispõe o artigo 4º da Lei 8.666/93.

> Art. 4º 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, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento,

> desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Além disso, todo o procedimento da licitação está vinculado à lei e a inobservância desta pode ser crime tipificado no código penal brasileiro ou infrações administrativas que poderão ser punidas.

Portanto, existe a necessidade do rigor no processo licitatório, a fim de garantir a legalidade e segurança jurídica, além disso desenvolve uma confiança na Administração Pública e isto advém da publicidade dos atos da mesma.

3.3. Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade, já observado, está ligado a licitação por meio dos princípios do julgamento objetivo e da isonomia, quando se refere a tratar todos os participantes da licitação igualmente e qualquer diferença deve está expressa na Lei. Desta forma o Administrador Público não pode dar preferência a qualquer dos licitantes, assim atingindo o interesse público e não o pessoal.

3.4. Princípio da Moralidade e da Probidade

O princípio da moralidade, já visto anteriormente, impõe dever a Administração Pública de ter comportamento lícito, além disso seguir conforme a moral.

> A Lei nº 8.666/93 faz referência à **moralidade** e à **probidade**, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem (art. 37, § 4º). O ato de improbidade administrativa está definido na Lei nº 8.429, de 2-6-92; no que se refere à licitação, não há dúvida de que, sem usar a expressão improbidade administrativa, a Lei nº 8.666/93, nos artigos 89 a 99, está punindo, em vários dispositivos, esse tipo de infração. (DI PIETRO, 2014. P. 385).

Vê-se que este princípio vislumbra que a Administração Pública em seus atos estejam de acordo com a lei, além disso a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade), traz punições para aqueles que não forem honestos e morais no exercício da função ou cargo público. Sendo assim, reafirma a busca pelo cumprimento da legalidade nos atos da Administração Pública.

3.5. Princípio da Publicidade

Este princípio está disposto no artigo 3º da Lei 8.666/93 que se refere a divulgação do processo licitatório como também todos os atos praticados nas fases do processo para garantir o conhecimento de todos e a fiscalização da legalidade dos atos.

> A publicidade é tanto maior quanto maior for a competição propiciada pela modalidade de licitação; ela é mais ampla possível na concorrência, em que o interesse maior da Administração é o de atrair maior número de licitantes, e se reduz ao mínimo no convite, em que o valor do contrato dispensa maior divulgação. (DI PIETRO, 2014. P 385).

> Na Lei nº 8.666/93, vários dispositivos que constituem aplicação do princípio da publicidade, entre os quais os seguintes: o artigo 3º, § 3º, estabelece que licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura; o artigo 4º, na parte final, permite que qualquer cidadão acompanhe seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos; o artigo 15, § 2º, exige que os preços registrados sejam publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial; o artigo 16, com redação dada pela Lei nº 8.883/94, exige seja publicada a relação de todas as compras feitas pela Administração direta ou indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vencedor e o valor total da operação; [...] o artigo 43, § 1º, exige que a abertura dos envelopes com a documentação e as propostas seja feita em ato público previamente designado; o artigo 53, § 4º (com redação da Lei nº 8.883/94) exige que o edital do leilão seja amplamente divulgado. (DI PIETRO, 2014. P 67).

> Por sua vez, a Lei de Acesso a Informações (nº 12.517, de 18-11-11), no artigo 8º, impõe aos órgãos e entidades públicas o dever de promover, independentemente de requerimento, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. O § 1º estabelece que, na divulgação das informações deverão constar, no mínimo, entre outras, as “informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados”. (DI PIETRO, 2014. P 67).

Ver-se que o princípio da publicidade é meio pelo qual tem fortalecido o direito à informação de todos os atos da Administração Pública independente se direta ou indireta, disponibilizando uma ferramenta de controle da legalidade dos atos da Administração Pública, sendo assim dispondo de maior confiança para com o erário público.

3.6. Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

Este princípio disciplina sobre a nulidade do procedimento que não observar a lei e edital ou carta convite. A lei 8.666/93 no seu artigo 3º e o artigo 41º deixa claro que não pode ocorrer descumprimento da lei e edital ou carta convite, pois a Administração a estes está vinculada. Além disso o artigo 43º da mesma lei, dispõe que as propostas e o julgamento devem ocorrer segundo os critérios constantes no edital ou carta convite da licitação.

A Administração Pública estipula no edital ou carta convite, todas as obrigações para participar do processo licitatório e as cláusulas que constarão no contrato a ser celebrado. Desta forma os licitantes estão vinculados ao instrumento convocatório edital ou carta convite, sendo assim trazendo obrigatoriedade para aqueles que participarem do processo licitatório, não podendo desrespeitar as condições do processo ou contrato, nem os princípios que disciplinam o processo da licitação.

3.7. Princípio do Julgamento Objetivo

Quanto ao princípio do julgamento objetivo vem disciplinar que a proposta deve observar os requisitos do edital em seu julgamento, assim tendo vinculado com legalidade do processo licitatório. O artigo 45º caput da Lei 8.666/93 dispõe “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,” além da observância do § 1º e respectivos incisos, no entanto vale ressaltar que esses critérios não tem aplicabilidade para concurso e pregão.

3.8. Princípio da Adjudicação Compulsória

O princípio da adjudicação compulsória traz em seu conceito que a Administração Pública, não pode conferir qualquer objeto do processo licitatório a outro licitante que não seja o vencedor da licitação.

> A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou o não firmar no prazo fixado, a menos que comprove justo motivo. A compulsoriedade veda também que se

> abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior. Advirta-se, porém, que o direito do vencedor limita-se à adjudicação, ou seja, à atribuição a ele do objeto da licitação e não ao contrato imediato. E assim é porque a Administração pode, licitamente, revogar ou anular o procedimento ou, ainda, adiar o contrato, quando ocorram motivos para essas condutas. O que não se lhe permite é contratar com outrem, enquanto válida a adjudicação, nem revogar o procedimento ou protelar indefinidamente a adjudicação ou a assinatura do contrato sem justa causa. (MEIRELLES, 2013. P. 306)

"A revogação motivada pode ocorrer em qualquer fase da licitação." (DI PIETRO, 2014) A forma de fazer a Administração revogar ou até mesmo anular o procedimento ou o contrato, quando acontece motivos suficientes para essas condutas.

A expressão trabalhada aqui é equívoca, pois pode soar como "concluído o julgamento", sendo assim é necessária interferência para adjudicar da Administração. Mas é o que acaba não ocorrendo, pois, o ato de revogar pode acontecer em qualquer fase da licitação, no entanto deve observar o cumprimento da lei revogar e licitar novamente.

3.8. Princípio da Licitação Sustentável

O princípio da licitação sustentável desenvolve a ideia que as licitações devem incentivar a preservação do meio ambiente. O artigo 3 da Lei nº 8.666/93 foi alterado pela Lei nº 12.349/10, incluindo o desenvolvimento sustentável nas licitações públicas.

> O primeiro passo nesse sentido talvez tenha sido dado pela Lei nº 6.938, de 31-8-81, que dispõe sobre Política Nacional do Meio Ambiente. No artigo 4º, foram definidos os objetivos dessa Política, dentre eles, a compatibilização do desenvolvimento econômico-social, difusão de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais, difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, divulgação de dados e informações ambientais e formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico, preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para manutenção do equilíbrio ecológico propicio à vida. (DI PIETRO, 2014. P. 389).

O artigo 170, inciso VI da Constituição Federal dispõe "defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;" e o artigo 225, também da Constituição Federal está disposto "Todos têm direito ao meio

ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações," assim dando ênfase a necessidade de licitações sustentáveis.

A Lei nº 12.187/09 que criou a Política Nacional das Mudanças do Clima, dispõe no inciso XII do artigo 6° que "as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos;" já na lei nº 12.305/10 (Política Nacional de Resíduos) em seu artigo 7º, inciso XI inseriu a "prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para: a) produtos reciclados e recicláveis; b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis."

Sendo assim o princípio da licitação sustentável pode ser utilizado nos instrumentos convocatórios, afim de ser considerado como critérios das propostas, desta forma cumprindo o que dispõe no artigo 3 da Lei nº 8.666/93.

4. LICITAÇÃO PÚBLICA

Licitação Pública nada mais é que procedimento Administrativo para a compra de bens ou contratação de serviços por parte da Administração Pública Direta ou Indireta, como prevê a Constituição Federal no artigo 37, inciso XXI. Assim as aquisições de bens e serviços por parte da Administração Pública deve se dar preferencialmente por meio de Licitação.

4.1. Modalidades de Licitação

A lei 8666/93 (lei de licitações) em seu artigo 22 estabelece cinco modalidades de licitação, sendo esta concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. O próprio artigo veda a criação de qualquer outra modalidade de licitação, no entanto a lei número 9986/00 traz uma nova modalidade de licitação mais simplificada titulada consulta e além disso por meio da medida provisória nº 2.026 de 4 maio de 2000 e depois convertida na lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, foi criado a modalidade pregão para uso restrito da União. Vale ressaltar que o artigo 22 § 8º da Lei nº 8.666/93, veda a possibilidade de criação de outras modalidades de licitação.

> Pode-se afirmar que há licitação de espécies diversas, posto de cada uma das modalidades existentes ser adotada em razão disso: a) objeto a ser licitado (concurso, leilão e pregão); b) ente administrativo que lícita (consulta, no âmbito das agências reguladoras); c) valor do objeto licitado (concorrência, tomada de preços e convite). Nesta última espécie, a Lei nº 8666/93 fixa os valores que deverão ser observados pelos entes públicos para efeito de dispensa ou de determinação da modalidade licitatória a ser empregada. (BARRETO, 2015. P. 225)

> Deve-se excepcionar o caso das licitações promovidas por consórcios públicos, nas quais será aplicado o dobro dos valores acima previstos para o convite, a tomada de preços e a concorrência, caso o consórcio seja aprovado por até três entes federativos, ou o triplo, caso seja formado por maior número de consorciados (art. 23, §8º, da Lei nº8.666/93). (BARRETO, 2015. P. 231)

Na licitação cada modalidade tem suas próprias características que distinguem uma das outras, sendo que cada modalidade tem seu tipo determinado de contratação e valor para tal.

Assim, para cada modalidade de licitação existe um procedimento especifico, e na sua maioria o instrumento convocatório é o edital, apenas o convite não se

enquadra nessa circunstância, pois o instrumento convocatório da modalidade convite é a carta convite. Sendo que em cada licitação deve ser observado o procedimento para o seu uso.

4.1.1. Concorrência

Esta modalidade é utilizada para contratos de grandes valores. “A concorrência é obrigatória nas contratações de obras, serviços e compras, dentro dos limites de valores fixados pelo ato competente, que são diversos para obras e serviços de engenharia e para outros serviços e compras”. (MEIRELLES, 2013. P. 361)

> É também obrigatória a concorrência, independente do valor do contrato, na compra ou alienação de bens Imóveis e na concessão de direito real de uso, justificando-se tal exigência pelo interesse em convocar o maior número possível de interessados. O mesmo ocorre nas licitações internacionais, quando se procura atrair interessados dos países. Neste último caso, admite-se a tomada de preços quando a entidade interessada disponha de cadastro internacional de fornecedores, situação em que devem ser observados os limites financeiros para a escolha da modalidade licitatória (art.23, §3º). A concorrência é obrigatória para o Sistema de Registro de Preços (art.15, §3º, I), mas convém observar que a Lei 10.520/2002 também autoriza o Registro de Preços do pregão (art.11). (MEIRELLES, 2013. P. 361)

A concorrência tem como principal característica a ampla publicidade nos termos do artigo 21, e universalidade prevista no artigo 22, §1º da Lei n º 8.666/93, além disso, a concorrência é uma licitação para contratação de valores acima de R$ 650.000,00 (Seiscentos e cinquenta mil reais) para compra e serviços e para obras e serviços de engenharia acima de R$ 1.500.000,00 (Um milhão e quinhentos mil reais), com redação da Lei nº 9.648/98.

4.1.2. Tomada de Preços

Quanto à tomada de preço é a modalidade realizada entre interessados previamente cadastrados na Administração Pública.

Tabela 1: Valores de cada modalidade de Licitação prevista na Lei nº 8.666/93.

	Convite	Tomada de Preços	Concorrência
Compras e serviços	Até R$80.000,00	Até R$650.000,00	Acima de R$650.000,00
Obras e serviços de engenharia	Até R$150.000,00	Até R$1.500.000,00	Acima de R$1.500.000,00

> A Lei nº 8666/93 mudou o conceito de tomada de preços, uma vez que pela legislação anterior, ela se limitava aos licitantes previamente cadastrados; estava ausente a universalidade, já que a licitação era aberta apenas aqueles inscritos no registro cadastral; a lei atual, de certa forma, desnorteou o instituto ao permitir a participação de interessados que apresentem a documentação exigida para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. 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. (DI PIETRO, 2014. P.415)

A tomada de preços é utilizada para celebrar contratos referentes a obras, serviços e compras de menos do que aparentemente se exige na concorrência, tendo a diferença prevista no artigo 21 § 2º, inciso II, alinha b da Lei nº 8.666/93.

Vale lembrar que interessados não cadastrados podem apresentar documentação exigida para o cadastro até três dias antes da data para a apresentação das propostas.

4.1.3. Modalidade Convite

Modalidade convite é a licitação para contratações de pequeno valor, sendo um procedimento rápido, entre no mínimo três interessados, escolhidos ou convidados, cadastrados ou não. O convite é modalidade que dispõe de menor requisitos formais que possibilita fraude durante o processo licitatório.

Esta modalidade é a única que não tem publicidade de edital, pois o instrumento convocatório é a carta convite que será enviada com 5 dias úteis de antecedência para as participantes da licitação como dispõe o artigo 21 §2º, inciso IV da Lei nº 8.666/93.

Quanto à possibilidade de outros interessados não convidados ou não cadastrados, podem se habilitar no processo licitatório com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas, sendo isso uma medida para aumentar a quantidade de participantes, tendo esta medida inutilidade, pois o instrumento convocatório é afixado em um local que se entenda apropriado, assim não existe publicidade do instrumento convocatório como acontece com as demais modalidades de licitação.

> O convite não existe publicação, porque é feito diretamente aos escolhidos pela Administração através de carta-convite. A lei, porém, determina que cópia do instrumento convocatório seja afixada em local apropriado, estendendo-se automaticamente aos demais cadastrados na mesma categoria, desde que manifesta em seu interesse até vinte e quatro horas antes da apresentação das propostas (art.22, §3º). Por outro lado, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, deverá ser convidado pelo menos outro fornecedor que não participou da licitação imediatamente anterior, enquanto existirem cadastrados não convidados (art.22, §6º). (MEIRELLES, 2013. P. 369)

Importante ressaltar que o convite deve ser enviado a pelo menos três empresas, no entanto existe a possibilidade do prosseguimento da licitação com número menor exigido como disposto no artigo 22, §7º da Lei 8666/93, na condição de limitação do mercado para a disputa do processo licitatório.

> O convite deve ser julgado pela Comissão de Julgamento de licitações, mas é admissível a sua substituição por servidor formalmente designado para esse fim (art.51, §1º). Uma vez julgadas as propostas adjudica-se o objeto do convite ao vencedor, formalizando-se o ajuste por simples ordem de execução do serviço, nota de empenho da despesa, autorização de compra ou carta-contrato, e fazendo-se as publicações devidas no órgão oficial, em resumo ou na íntegra, para possibilitar os recursos cabíveis e tornar os ajustes exequíveis. (MEIRELLES, 2013. P. 369)

Esta modalidade admite a contratação de obras, serviços e compras dentro dos valores previstos por lei, vale ressaltar que o processo de emissão do convite e recebimento das propostas será dentro do prazo de 5 dias úteis.

Existe a possibilidade da modalidade convite em licitação internacional como prevê o artigo 23 §3º da Lei nº 8.666/93, sabendo que só será possível quando não existir fornecedor do bem ou serviço no Brasil. No entanto está modalidade deve cumprir o princípio da publicidade para evitar a possibilidade de fraude no processo licitatório.

4.1.4. Concurso

Está modalidade se funda na escolha de trabalho técnico ou artístico, através de instituição de remuneração ou prêmios como disposto no artigo 22, §4º. ‘‘Publicidade é assegurada por meio de publicação do edital, consoante estabelece o mesmo artigo 22, §4º, com, pelo menos, 45 dias de antecedência; esse prazo é previsto também no artigo 21, §2º, I, a”. (DI PIETRO, 2014. P.419)

O concurso não garante contrato com Administração, além disso, a execução do projeto desenvolvido será objeto de nova licitação que vai do valor, podendo ser concorrência, tomada de preços ou convite para que o projeto seja executado, entretanto para a execução do projeto é necessário observar o artigo 111 da Lei nº 8.666/93, pois a execução do projeto só pode acontecer se o autor ceder os direitos patrimoniais, caso não ocorra a Administração Pública não poderá usar o projeto.

4.1.5. Leilão

Leilão é a modalidade de licitação para alienação de bens moveis que não tenham utilidade para a Administração, semoventes ou produtos que são apreendidos ou penhorados, além da alienação de bens imóveis como prevê o artigo 19 da Lei nº 8.666/93. Sendo que esta modalidade está prevista no artigo 22 §5º da Lei nº 8.666/93, no entanto outras leis dispõem sobre a modalidade leilão, como o artigo 4 §3º da Lei nº 9.491/97 (Alteração do Programa de Desestatização), além das Lei nº 9.074/95 (Legislação de outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos) e a Lei nº 11.481/07 (Legislação sobre bens imóveis da União).

> O leilão comum é regido pela legislação federal pertinente, mas as condições de sua realização poderão ser estabelecidas pela Administração interessada; o leilão administrativo é o instituído para venda de mercadorias apreendidas como contrabando, ou abandonados nas alfândegas, nos armazéns ferroviários ou nas repartições públicas em geral, observadas as normas regulamentares da Administração interessada. (MEIRELLES, 2013. P. 370)

No leilão não é necessária nenhuma habilitação prévia, porém pode ser exigido o pagamento integral à vista do valor do arremate ou de uma parte no deste, sendo que os bens devem ser avaliados previamente e disponibilizado para exame por parte dos interessados. O leilão deverá ter ampla publicidade buscando atrair vários interessados. O leilão poderá ser cometido por um servidor da Administração Pública

que seja designado ou um leiloeiro oficial como disposto no artigo 53 da Lei nº 8.666/93.

4.1.6. Pregão

Quanto a modalidade de licitação pregão, é utilizada para aquisição de bens e serviços de qualquer valor. A disputa para ganhar a licitação desta modalidade acontece por meio de lances e propostas em sessão pública, sendo que o artigo 2 §1º da Lei 10.520/02 prevê a possibilidade do pregão por meio eletrônico.

A modalidade pregão foi criada pela medida provisória nº 2.182/01, mas esta modalidade era de uso exclusivo da União, no entanto esta restrição ao uso da modalidade deixou de existir quando a medida provisória foi convertida na Lei nº 10.520/02. Vale ressaltar que a Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) prevê nos seus artigos 54º a 58º, sobre a modalidade pregão e consulta.

> Pregão eletrônico - Pregão eletrônico é aquele efetuado por meio de utilização dos recursos de tecnologia da informação, ou seja, por meio de comunicação pela Internet. Está previsto no §1º do art.2º da Lei nº10.520/2002. No âmbito da União, seu regulamento foi aprovado pelo Dec. 5.450 de 31.5.2005, que revogou expressamente o Dec. 3.697, de 21.12.2000. Seu art.4º dispõe que o pregão é a modalidade obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, sendo preferencial a forma eletrônica. Seu procedimento segue as regras básicas do pregão comum, mas, como é evidente, deixa de ocorrer a presença física do pregoeiro e dos participantes, já que todas as comunicações são feitas por via eletrônica. (MEIRELLES, 2013. P. 376)

> O pregão é regido pela Lei nº10.520/2002, norma que faculta a sua adoção quando o Poder Público pretender adquirir os chamados bens e serviços comuns, que são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado. O decreto nº3.555/2002 trouxe um elenco exemplificativo dos bens e serviços considerados comuns, tais como: gêneros alimentícios, materiais de expediente e limpeza, microcomputadores, medicamento, gás, combustíveis, serviços gráficos e de digitação, dentre outros bens. A frequente utilização desses bens e serviços pelo Estado motivou o estabelecimento de meio alternativo para sua contratação, propiciando um procedimento licitatório simplificado e, portanto, mais célere. É que, na obtenção desses itens, procura-se, sobretudo, alcançar o melhor preço para o Poder Público, dada a sua fungibilidade, pois são produtos ou atividades cuja padronização possibilita a substituição por outros de igual espécie, quantidade e qualidade, sendo, por tal motivo, usualmente fornecidos pelo mercado. (BARRETO, 2015. P. 231)

> Não está a Administração obrigada a realizar o pregão toda vez que deseja obter um bem ou serviço de interesse comum. Poderá optar por qualquer outra das modalidades, desde que o interesse público assim aconselhe. O pregão é mais uma opção que a lei lhe concede - o que se deduz da leitura do art. 1º da Lei 10.520/2002: “Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade pregão, que será regida por esta Lei”. (MEIRELLES, 2013. P. 374)

A modalidade pregão tem seu procedimento diferente, pois a ordem desta é invertida. A fase de julgamento acontece antes da habilitação, depois de verificar a proposta vencedora, será examinado os documentos para habilitação. Ver-se vantagens para a Administração Pública no uso da licitação pregão por não ser uma modalidade de tanta complexidade, que possibilita celeridade no processo licitatório.

O pregão dispõe de grande concorrência e este fato faz com que a Administração Pública disponha de várias propostas, assim tendo a possibilidade de fazer uma contratação com melhor preço e qualidade.

4.1.7. Consulta

A modalidade consulta surgiu na Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que criou a Anatel, sendo que não consta esta modalidade na Lei de licitações. A consulta é citada na Lei nº 9.472/97 dos artigos 54 ao 58. Esta modalidade é para uso somente das agências reguladoras para aquisição de bens e serviços não comuns. A consulta se refere a bens e serviços não comuns, que não tenham previsão na Lei nº 8.666/93.

> As agências reguladoras poderão utilizar a consulta nos casos em que a contratação não se referir às hipóteses legais de cabimento do pregão, possuindo, destarte, uma natureza claramente subsidiária. Sendo adotado, o seu procedimento observará o disposto em regulamento próprio, editado pelo respectivo ente público, assim como o teor dos arts. 55 a 58 da Lei nº 9.472/97, que estabelecem algumas regras, tais como: a) custos e os benefícios de cada proposta; b) a necessidade de qualificação dos proponentes, dentre outros critérios. (BARRETO, 2015. P. 234)

A consulta foi regulamentada pela Lei nº 9.986/00 em que evidencia o uso exclusivo das agências reguladoras, no entanto assim como o pregão, esta modalidade é ilegal, pois a Lei de licitações (nº 8.666/93) veda a possibilidade de

criação de qualquer outra modalidade como dispõe o artigo 22 §8º da própria lei, mas esta modalidade continua sendo utilizada.

5. MODALIDADE CONVITE E SUA ILEGALIDADE

A modalidade convite no artigo 22 § 3º da Lei nº 8.666/93. Trata-se da modalidade mais simplificada de licitação e o instrumento convocatório é a carta convite, meio pelo qual é utilizado para convocar os interessados a participar da licitação.

5.1. Quanto a Publicidade

A modalidade convite já observada, tem seu procedimento simplificado e esta é disciplinada pela Lei nº 8.666/93. O procedimento da modalidade convite se vale da Carta Convite para convocar empresa para participar da licitação. A Carta Convite é enviada diretamente aos interessados, sendo que esta não precisa ser publicada, no entanto uma cópia deve ser fixada em local apropriado.

Segundo Hely Lopes (2013) “a publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início dos seus efeitos externos”, ou seja, os atos da Administração devem ser públicos, que todos tenham conhecimento, assim dispõe a Lei nº 8.666/93. O artigo 37º da Constituição Federal prevê a publicidade dos atos da Administração Pública, mas o mesmo artigo dispõe exceções para que os atos não sejam públicos. O Artigo 37º da Constituição Federal não contempla exceções para que o ato da Administração Pública esteja em sigilo quando se tratar do instrumento convocatório da modalidade convite, sendo assim o instrumento convocatório da modalidade convite deve ser público e de ampla divulgação, como acontece nas demais modalidades.

Desta forma, a falta de publicidade do instrumento convocatório da modalidade convite à torna inconstitucional e ilegal, pois o artigo 37º da Constituição Federal prevê o princípio da publicidade como algo fundamental a Administração Pública, para reafirmar a necessidade da publicidade o artigo 3º da Lei 8.666/93 dispõe claramente que a Licitação Pública deve observar o princípio da publicidade.

Além disso, a Lei nº 12.527/11 (Lei da Transparência), traz em sua origem a necessidade da publicidade de todos os atos públicos, tanto que se refere ao acesso a informação, assim dispondo de uma forma de controle por parte da população aos atos da Administração Pública.

Visto isso, é necessário a publicidade do instrumento convocatório da modalidade convite, pois a falta deste princípio torna a licitação ilegal por inobservância da lei e de princípios, além facilitar fraudes nas Licitações Públicas, então o convite deve seguir rigorosamente a lei e princípios.

5.2. Quanto a Escolha das Empresas para o Convite

Em se falar da escolha dos licitantes na modalidade Convite, se refere ao que está previsto no artigo 22 §3º da Lei 8.666/93. Esta modalidade faz uso da Carta Convite, então o Administrador Público escolhe as empresas para participar da licitação. Assim logo se percebe a inobservância do princípio da impessoalidade, pois existe um direcionamento para a participação da licitação e uma dificuldade para que haja concorrência por não ser um instrumento convocatório de amplo conhecimento.

Sendo que pode ser três empresas por ser o mínimo exigido por lei, desse modo fica mais evidente a possibilidade de direcionamento da carta convite, embora a lei determine que a cada licitação Convite seja convidado um novo participante cadastrado, isso não muda a possibilidade do direcionamento para que se tenha um vencedor pré-definido.

Tendo em vista, que está modalidade facilita a possibilidade de escolha do vencedor da licitação para atingir interesse pessoal, assim beneficia um participante, sendo que isto vai de encontro com os princípios da supremacia do interesse público e igualdade, pois quando se tem o interesse pessoal deixa de observar o interesse geral, além do tratamento diferente entre os licitantes por não ter concorrência, pois o vencedor já está previamente determinado.

Portanto, existe fragilidades no Convite e isto traz ilegalidades no procedimento desta modalidade, assim dispõe de várias facilidades para fraudes nos processos licitatórios e desta forma causa danos a Administração Pública.

5.3. Prazo para a informação de Edital

A Carta Convite como é denominado o instrumento convocatório para a realização da licitação na modalidade Convite é enviado as empresas escolhidas no prazo de 5 dias úteis de antecedência como verifica-se no artigo 21 §2º, inciso IV da

Lei nº 8.666/93, no entanto vale lembrar que a Carta Convite deve ser afixada em local apropriado, a fim de ter outros participantes na licitação que podem se habilitar no com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas.

No entanto a forma qual é feita a divulgação da licitação, não se faz prazo para conhecimento de interessados, nem para que estes venham a participar. Por mais que seja uma licitação que preze pela celeridade, não justifica tal prazo, abrindo maior possibilidade de fraude no processo licitatório.

5.4. Possibilidade de Contratação com a Desclassificação de Empresas Convidadas, onde resta uma Empresa.

A modalidade convite no seu artigo 22, §7º da Lei nº 8666/93, prevê a possibilidade da realização da modalidade convite com número menor que o mínimo exigido no §3º do mesmo artigo, quando houver uma limitação de mercado. No entanto o artigo 24, VI da Lei nº 8.666/93 prevê a dispensa da licitação caso está não exista possibilidade de realização por falta de interessados, mas deve se observar que no caso Convite deverá ocorrer a dispensa se houve novos convites e não aparecer interessados para a realização da licitação, sendo assim uma licitação fracassada e está dispensa deve ser justificada.

Visto isso, o Convite pode prosseguir com número menor que o mínimo, assim não existe nenhuma concorrência e desta forma meio pelo qual torna ainda mais fácil o direcionamento do vencedor da licitação.

6. ASPECTOS JURÍDICOS DO CONVITE

O posicionamento sobre o aspecto jurídico da modalidade convite sobre a ótica dos Processos Judiciais e dos Tribunais de Contas, vem cada vez mais demostrando a fragilidade da modalidade convite.

6.1. Sobre a Ótica dos Processos Judiciais

As fraudes e favorecimentos no processo licitatório da modalidade convite não é nenhuma novidade nos tribunais brasileiros. Para demonstrar este fato basta observar os posicionamentos dos tribunais:

> AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 720.564 - SE (2015/0129914-9) RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES AGRAVANTE : PLANEJAR CONSULTORIA E PLANEJAMENTO LTDA - EPP ADVOGADO : JOÃO ALOYSIO COSTA UNFRIED - BA030501 AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE DECISÃO Trata-se de Agravo, interposto por PLANEJAR CONSULTORIA E PLANEJAMENTO LTDA - EPP, em 17/06/2014, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que inadmitiu o Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado: "APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO EIVADA DE IRREGULARIDADES E DO CONCURSO PÚBLICO OBJETO DE SEU CONTRATO - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA - VISTAS DOS AUTOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE CITAÇÃO DOS LITISCONSORTES - REJEIÇÃO - NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO NÃO PERMITE O LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - MÉRITO - CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADES INSANÁVEIS - INCOMPATIBILIDADE DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO CARTA-CONVITE COM O VALOR REAL CONTRATO - AUSÊNCIA DE CONCORRÊNCIA - EMPRESAS PARTICIPANTES COM ÍNTIMA LIGAÇÃO - OFENSA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE - APROVAÇÃO DA PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO NO CONCURSO - PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DOS RECURSOS - À UNANIMIDADE" (fls. 2.421/2.422e). O acórdão em questão foi objeto de Embargos de Declaração, rejeitados nos seguintes termos: "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. INEXISTÊNCIA. INCONFORMISMO COM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO EMBARGADA. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA SUFICIENTEMENTE APRECIADA MEDIANTE O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO ÓRGÃO JULGADOR. PLEITO DE REFORMA DA CONCLUSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. A interposição dos embargos de declaração exige a observância dos lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade,

dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). 2. Mister se faz apontar precisamente a ocorrência de efetiva omissão, contradição ou obscuridade, sob pena de rejeição do Embargo Declaratório. 3. Conforme a sistemática processual vigente, inexiste imposição para que o julgador ou órgão jurisdicional aprecie todos os argumentos e dispositivos lançados pela parte em seus arrazoados. Basta que analise a matéria e profira decisão pertinente de forma fundamentada, utilizando-se do livre convencimento motivado. 4. No caso fica evidente que a irresignação se dá diante do veredicto desfavorável ao recorrente, já que o recurso visa o reexame de questões já decididas por esta E. Corte de Justiça. 5. Recurso conhecido e improvido" (fl. 2.454e). Nas razões do Recurso Especial, aduz a parte recorrente, além de divergência jurisprudencial, violação aos arts. 125, I, 458, II, 535, II, do CPC/73, 50 do Código Civil e 9º da Lei 8.666/93, argumentando o seguinte: "4.REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - VIOLAÇÃO AO ART. 535, I e II DO CPC (...) In casu, ao não analisar a afirmada ausência da análise da prova documental carreada aos autos pela ora Recorrente, bem como, no processo de valoração ter se utilizado apenas dos argumentos da parte Autora, sem se manifestar sobre qualquer ponto levantado pelo Réu, prejudica o julgamento do Insigne Superior Tribunal de Justiça e, via de consequência, o direito que assiste à parte. Da mesma forma, o decisão da Câmara Cível prejudica a verificação de possível ofensa ao art. 125, I do CPC, na medida em que não esclarece a questão referente ao acesso tardio (após a contestação e oitiva das testemunhas) às degravações e respectivas mídias que serviram como prova emprestada nos presentes autos. Por fim, manteve o Acórdão recorrido a obscuridade a respeito da discussão atinente a distinção da pessoa jurídica em face dos seus sócios. (...) 5. ANÁLISE DE PROVA DOCUMENTAL E TESE - VIOLAÇÃO DO ART. 458, II DO CPC. (...) Como a instância ordinária é a última em que o recorrente pode buscar o delineamento fático da matéria, com vistas à interposição de recurso de natureza especial e/ou extraordinário, pois, nesta esfera, é vedado o revolvimento das provas dos autos, torna-se imprescindível a manifestação a quo sobre os documentos e teses levantadas pela defesa, sob pena de se frustrar o direito à prestação jurisdicional plena. Dessa forma, pugna pela nulidade da Decisão vergastada, determinando-se o retorno dos autos ao Juízo de origem para análise da prova documental coligida pela defesa e dos argumentos que compõe a sua tese defensiva. (...) 6. ACESSO ISONÔMICO ÀS GRAVAÇÕES TELEFÔNICAS - VIOLAÇÃO ART. 121, I DO CPC. (...) Dessa forma, mostra-se indispensável o acesso integral de toda a mídia disponibilizada no inquérito penal e na respectiva ação penal, uma vez que só dessa forma é possível se extrair todo o contexto em que foram travados os referidos diálogos, de maneira a subsidiar as estratégias defensivas. Negar à Defesa desde o início da ação o mesmo direito malfere o princípio da paridade de armas, bem como os princípios do contraditório e da ampla defesa. (...) 7. DA DISTINÇÃO DA PESSOA JURÍDICA DA FIGURA DOS SEUS SÓCIOS - VIOLAÇÃO AOS ARTS. 50 DO CÓDIGO CIVIL E 9º DA LEI 8.666/93 (...) A convocação de empresas para licitação que apresentem sócios que tenham qualquer laço de afinidade ou até mesmo que pertençam ao mesmo grupo econômico (o que não é o caso) é circunstância que, per si, não constitui indício de simulação do certame público. O concerto entre licitantes com o escopo de simular

disputa de licitação caracteriza- se pela unidade de desígnios, direcionada, dessa forma, para a eliminação concreta da competição, sendo irrelevante, na verdade, se os licitantes formalmente integram ou não um mesmo grupo econômico, ou se os seus sócios apresentam alguma ligação pessoal. (...) No caso em tela, o Ministério Público do Estado de Sergipe construiu toda uma tese voltada a comprovar a existência de ligação entre os sócios das Empresas investigadas, sem, no entanto, demonstrar que as pessoas jurídicas envolvidas funcionavam como um grupo econômico, com o objetivo de frustrar processos licitatórios. Dessa forma, a existência de liame entre os sócios das Empresas investigadas (o que não se admite no caso em tela) não implica na existência de formação de grupo econômico entre as pessoas jurídicas, ainda mais com o intuito de frustrar certames licitatórios" (fls. 2.469/2.478e). Requer, ao final, o provimento do recurso. Apresentadas as contrarrazões (fls. 2.539/2.555e), negado seguimento ao Recurso Especial (fls. 2.575/2.579e), foi interposto o presente Agravo (fls. 2.584/2.592e). Não foi apresentada a contraminuta. A irresignação não merece acolhimento. Em relação aos arts. 458, II, e 535 do CPC/73, deve-se ressaltar que o acórdão recorrido, julgado sob a égide do CPC/73, não incorreu em omissão, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pela parte recorrente. Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 408.492/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/10/2013; STJ, AgRg no AREsp 406.332/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/11/2013; STJ, AgRg no REsp 1360762/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/09/2013. Ademais, não cabem Declaratórios com objetivo de provocar prequestionamento, se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado. A propósito, o seguinte aresto: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DO BENEFÍCIO. REEXAME DE PROVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Decididas as questões suscitadas, não há falar em violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, à ausência de omissão, contradição ou obscuridade a ser suprida ou dirimida, eis que os embargos de declaração não se destinam ao prequestionamento explícito ou à revisão do julgado sob outros fundamentos. Precedentes. (...) 5. Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 1.235.316/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 12/5/2011). Quanto à alegada violação ao art. 50 do Código Civil, o Recurso Especial não ultrapassa a admissibilidade, ante o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada"). Isso porque, para que se configure o prequestionamento, não basta que o recorrente devolva a questão controvertida para o Tribunal, é necessário que a causa tenha sido

decidida à luz da legislação federal indicada, bem como seja exercido juízo de valor sobre os dispositivos legais indicados e a tese recursal a eles vinculada, interpretando-se a sua aplicação ou não ao caso concreto. Nesse contexto, por simples cotejo das razões recursais e os fundamentos do acórdão, percebe-se que a tese recursal vinculada ao dispositivo tido como violado não foi apreciada no voto condutor, sequer de modo implícito, não tendo servido de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal de origem. A propósito, a reiterada jurisprudência desta Corte: "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REENQUADRAMENTO FUNCIONAL DO SERVIDOR. HERDEIROS DE EX-PENSIONISTAS. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DA TESE RECURSAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF. CORRETA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL. 1. A tese jurídica debatida no recurso especial deve ter sido objeto de discussão no acórdão atacado. Inexistindo esta circunstância, desmerece ser conhecida por ausência de prequestionamento. Súmula 282 do STF (AgRg no REsp 1374369/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 26/6/2013). (...) 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no AREsp 447.352/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 27/02/2014). "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. TESE NO SENTIDO DE QUE NÃO É POSSÍVEL JULGAR EXTINTO O PROCESSO DE EXECUÇÃO SEM O PRÉVIO ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. SÚMULA 106/STJ. REEXAME DE PROVA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 1. O recurso especial não merece ser conhecido em relação a questão que não foi tratada no acórdão recorrido, sobre a qual nem sequer foram apresentados embargos de declaração, ante a ausência do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356 do STF, por analogia). 2. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). 3. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no AREsp 275.109/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/11/2013). Com relação ao art. 125, I, do CPC/73, a Corte de origem concluiu o seguinte: "Com relação ao cerceamento de defesa em razão dos apelantes não terem acesso aos autos de interceptação telefônica, não merece melhor sorte. Em primeiro lugar, porque a interceptação telefônica ocorreu nos autos que investigam os mesmos fatos, mas na competência criminal. Em segundo lugar, porque a referência às interceptações na presente ação foram feitas em depoimento pessoal da Delegada de Polícia, responsável por apurar a fraude no processo licitatório em questão, submetido ao crivo do contraditório. Por fim, além da juíza ter concedido vistas dos autos da interceptação telefônica, verifico às fls. 1248- verso que o Ministério Público colocou o Inquérito Policial (que contêm as interceptações) a disposição das partes e a empresa ASSEPLAC extraiu cópia do mesmo, conforme certidão de fls. 2051" (fls. 2.429/2.430e). Neste contexto, considerando a fundamentação adotada na origem, o acórdão recorrido somente poderia ser modificado mediante o reexame dos aspectos concretos da causa, o que é vedado, no âmbito do Recurso Especial, pela Súmula 7 desta Corte. No que diz respeito ao art. 9º da Lei 8.666/93, o Tribunal de origem, ao concluir pela irregularidade do procedimento licitatório, asseverou que, "além da intrínseca ligação

entre as empresas licitantes que fere mortalmente o princípio da concorrência pública e consequentemente o sigilo das propostas, faz-se necessário destacar outra irregularidade que por si só ofende outro princípio, o da moralidade: a aprovação de parentes do prefeito à época, em especial da Sra. Elenildes Alves dos Anjos, presidente da comissão de licitação, no concurso público objeto da Carta-convite n 013/09" (fls. 2.441/2.442e). Registrou, ainda, que, "de tudo que foi exposto, constatadas diversas irregularidades que afrontam os princípios da Administração Pública, conclui-se que o processo de licitação é nulo acarretando, consequentemente, na nulidade do contrato administrativo n 62/2009 e o concurso público dele derivado" (fl. 2.442e). Desse modo, a alteração do entendimento do Tribunal de origem, ensejaria, inevitavelmente, o reexame das provas carreadas nos autos, procedimento vedado, pela Súmula 7 desta Corte. No que tange à alegação de dissídio entre julgados, impossível se torna o confronto entre os paradigmas e o acórdão recorrido, porquanto a comprovação do alegado dissenso reclama análise sobre a situação fática própria de cada julgamento, o que não é possível de se realizar nesta via especial, por força da Súmula 7 desta Corte. Ademais, deve-se ressaltar que a caracterização da divergência, nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RISTJ, exige a demonstração de similitude fática, entre o aresto impugnado e os acórdãos paradigmas, apresentando estes soluções jurídicas diversas, o que não ocorreu no presente caso. Nesse sentido, o seguinte julgado: "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. DIREITO PERSONALÍSSIMO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE PREPARO. DESERÇÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. 1. Não se pode conhecer de Recurso interposto pela alínea 'c' do permissivo constitucional. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo ao recorrente demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal discordante. 2. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a falta da comprovação do preparo (porte de remessa e retorno dos autos e das custas do apelo especial), ou sua irregularidade, conduz à pena de deserção. 3. O benefício da gratuidade de justiça é um direito personalíssimo e, portanto, intransferível ao procurador da parte. 4. Agravo Regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.413.587/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/03/2014). Em face do exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, b, do RISTJ, conheço do Agravo para não negar provimento ao Recurso Especial. Deixo de majorar os honorários recursais, tendo em vista que o Recurso Especial foi interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73, tal como dispõe o Enunciado administrativo 7/STJ (Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC). I. Brasília (DF), 04 de outubro de 2017. MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES Relatora

(STJ - AREsp: 720564 SE 2015/0129914-9, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Publicação: DJ 11/10/2017)

APELAÇÕES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE À LICITAÇÃO. UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE CARTA CONVITE. FAVORECIMENTO DE EMPRESA LICITANTE. AUSÊNCIA DE COMPETITIVIDADE. ATO DE IMPROBIDADE CONFIGURADO (ART. 10, INCISO VIII). DANO PRESUMIDO. PRECEDENTES DO STJ. PRIMEIRO RECURSO DESPROVIDO. SEGUNDO RECURSO PROVIDO. - As contratações realizadas pelo Poder Público devem ser precedidas de licitação, salvo nos casos de dispensa e inexigibilidade previstas no art. 25, II, e § 1º, da Lei 8.666/93. - Os atos de improbidade previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 exigem a presença do elemento subjetivo, qual seja, o dolo ou culpa do agente, a depender da hipótese do enquadramento. - Frustrar a licitude de processo licitatório constitui ato de improbidade administrativa, tipificado no artigo 10, VIII, da LIA como ato de improbidade administrativa. - Os atos de improbidade que causam prejuízos ao erário exigem a presença não apenas do sujeito passivo e ativo, como também de um dano previsto na lei, assim como um elemento subjetivo do agente, admitindo-se, em tal hipótese de enquadramento, a prática do ato sob a modalidade culposa. - No caso, embora os critérios objetivos e procedimentais da licitação tenham sido observados, a licitação deflagrada pelo Município de Mateus Leme, na modalidade convite, foi frustrada em razão de o primeiro apelante administrar e controlar, de fato, as sociedades empresárias convidadas, servindo, portanto, apenas para dar ares de legalidade à contratação de sua empresa. - Já em relação à segunda apelante, não se vislumbra a existência do elemento subjetivo, o dolo ou a culpa, pois foi incluída no esquema fraudulento por sua ex-empregadora e a pedido do primeiro recorrente, notadamente em razão da ausência de qualquer assinatura no contrato social. É preciso ressaltar que, ante a gravidade de uma condenação por improbidade administrativa, o dolo e a má-fé no agir do réu devem vir demonstrados de forma cabal e convincente, o que não ocorreu no caso dela. - Primeiro recurso desprovido. Segunda apelação provida.

(TJ-MG - AC: 10407030024365001 MG, Relator: Wander Marotta, Data de Julgamento: 03/10/0017, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/10/2017)

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - FRAUDE NO PROCESSO LICITATÓRIO (ART. 90 DA LEI 8.666/93)- RECURSOS DEFENSIVOS - PRELIMINARES DE INÉPCIA DA DENÚNCIA E AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A SENTENÇA - REJEIÇÃO - MÉRITO - PLEITO DE ABSOLVIÇÃO CALCADO NA FALTA DE DOLO ESPECÍFICO DO TIPO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - DOLO EVIDENCIADO PELA COMPROVAÇÃO DO CONLUIO DE VONTADES PARA FRUSTRAR A COMPETITIVIDADE DA LICITAÇÃO - OMISSÃO DA QUALIDADE DE SÓCIO DO ENTÃO PREFEITO JUNTO À EMPRESA PARTICIPANTE - ERRO DE PROIBIÇÃO - DESCABIMENTO - CONHECIMENTO DA ILICITUDE DO FATO - RECURSO MINISTERIAL - CONDENAÇÃO CORRÉUS NAS SANÇÕES DO ART. 90 DA LEI 8.666/93 - POSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DO

DISPOSTO NO ART. 71 DO CPB - NARRATIVA NA INICIAL DE DOIS DELITOS PERPETRADOS NAS MESMAS CIRCUNSTÂNCIAS - REQUISITO TEMPORAL BASEADO EM CRITÉRIOS RÍGIDOS - IMPROPRIEDADE - LAPSO DE TEMPO QUE NÃO SE EXIGE A RUPTURA EM RAZÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA INFRAÇÃO - HIPÓTESE DE CONTINUIDADE DELITIVA CONFIGURADA, E NÃO CONCURSO MATERIAL - ART. 580 DO CPP - IGUALDADE DE SITUAÇÕES ENTRE OS CORRÉUS D.C.C. E A.F.S. - SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE. -A inépcia da denúncia somente ocorre quando sua deficiência impedir a compreensão da acusação e, por consequência, a defesa dos réus, razão pela qual não apresentando vício de forma, contando com descrição suficiente dos fatos e possibilitando o amplo exercício da defesa pelos acusados a rejeição da preliminar é medida que se impõe. -Inexiste nulidade se a sentença julga em fiel correlação com a acusação. -Comprovadas a existência dos fatos e a autoria delitiva, impositiva a manutenção da condenação dos réus D.C.C e A.F.S, nos moldes como definidos na sentença de primeiro grau. -O conluio entre os acusados com o intuito de fraudar o caráter competitivo do certame, direcionando o resultado da licitação para uma única empresa, em que o Prefeito era sócio, foi devidamente compro vado pelos documentos e pelos depoimentos prestados, configurando a prática do delito tipificado pelo art. 90 da Lei 8.666/1993. -Rejeita-se a tese da defesa de "erro de direito" ou "erro de proibição", pois não é escusável pelo Prefeito o desconhecimento das regras atinentes à licitação. -Restando demonstrado que os denunciados A.L.G.C e T.P.C praticaram o núcleo do tipo descrito no art. 90 da Lei 8.666/90, bem como o dolo em suas condutas, mostra-se necessária a reforma da sentença a fim de que sejam os mesmos condenados como incursos no aludido tipo penal. -Perpetrado o segundo delito mediante o aproveitamento das mesmas oportunidades e relações originadas da primitiva ação, deve aquele ser considerado como subseqüente do primeiro, afigurando-se, pois, a hipótese de continuidade delitiva e não concurso material de crimes. -O requisito temporal, consoante construção doutrinária e jurisprudencial, não se finca em critérios inflexíveis, não podendo, portanto, exigir a ruptura do concurso de crimes em razão da distância de tempo, considerando-se relevantes as circunstâncias em que ocorreram os delitos. -Em tema da continuidade delitiva de que trata o caput do art. 71 do CPB, o critério que deve ser eleito para a fixação do aumento de pena é aquele que considera o número de crimes praticados. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal e esta Corte têm decidido em hipóteses como a dos autos - dois crimes praticados em continuidade delitiva -, que o aumento de pena em razão da continuidade deve-se dar no mínimo legal, ou seja, 1/6 (um sexto). - Havendo identidade de situações fático-processuais entre os corréus D.C.C. e A.F.S., impõe à Instância Revisora, nos termos do art. 580 do CPP, estender os efeitos da decisão adotada para os acusados A.L.G.C. E T.P.C., que reconheceu a continuidade delitiva entre os crimes.

(TJ-MG - APR: 10392130006803001 MG, Relator: Wanderley Paiva, Data de Julgamento: 10/10/2017, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 17/10/2017)

> Agravo de Instrumento – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO, DANO AO ERÁRIO E VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INDISPONIBILIDADE DE BENS - Ação civil pública por ato de improbidade administrativa com pedido de medida liminar voltada ao decreto de indisponibilidade dos bens dos corréus – inteligência do art. 7º da Lei 8.429/92 – tutela cautelar – indisponibilidade de bens que não é condicionada à comprovação de dilapidação patrimonial efetiva ou iminente, bastando apenas a demonstração de fundados indícios da prática de atos de improbidade – elementos de informação coligidos aos autos que denotam a possível prática de ato de improbidade administrativa pelo agravante – aquisição de bem público sem a observância do devido procedimento administrativo e utilização de servidores públicos para fins pessoais – atos que, em tese, podem ser considerados ímprobos, tanto em prejuízo ao Erário como violadores dos princípios da Administração - restrição patrimonial que deve ser limitada ao exato quantum necessário para garantir a eventual condenação pecuniária, incluindo-se o ressarcimento do erário, o pagamento de multa civil e eventual indenização por dano moral coletivo - substituição de bens que não se mostra pertinente diante das particularidades dos autos – aplicação analógica dos dispositivos legais referentes à impenhorabilidade, ante a falta de regra específica aplicável à medida cautelar de indisponibilidade de bens (art. 4º, da LINDB) - decisão mantida. Recurso desprovido.
>
> (TJ-SP 21505525020178260000 SP 2150552-50.2017.8.26.0000, Relator: Paulo Barcellos Gatti, Data de Julgamento: 18/09/2017, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 27/09/2017)

Desta forma, vê-se que fraudes nos processos licitatórios são casos comuns nos tribunais e por muitas vezes é enquadrado como ato de improbidade previsto na Lei nº 8.429/92. Portanto, percebe-se que a Administração Pública tem sofrido danos ao seu patrimônio, pois quando não existe competividade a Administração Pública fica impossibilitada de fazer uma contratação a partir da melhor proposta.

Visto isso, a modalidade convite é a licitação que mais favorece o direcionamento ao possível vencedor da licitação, por todos os motivos já citados neste trabalho, como a falta de publicidade, a escolha dos participantes, que podem favorecer os interesses pessoais e ir de encontro ao princípio da impessoalidade, moralidade e probidade e a supremacia do interesse público. Assim, facilmente pode se fraudar a licitação convite.

6.2. Sobre a Ótica dos Tribunais de Contas

Os tribunais de contas tem enfrentado muitas fraudes e favorecimentos nos processos licitatórios e não seria diferente com a modalidade convite. Para comprovar esta situação é só verificar os posicionamentos dos tribunais de contas:

> TOMADA DE CONTAS ESPECIAL ORIGINADA DE REPRESENTAÇÃO. RECURSOS DO PNAE E DO FUNDEB REPASSADOS NO EXERCÍCIO DE 2009. INDÍCIOS DE FALSIFICAÇÃO DE NOTAS FISCAIS. OUTRAS IRREGULARIDADES. CITAÇÃO. REVELIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA BOA E REGULAR APLICAÇÃO DOS RECURSOS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA.
>
> (TCU - TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE): 03339120157, Relator: AUGUSTO SHERMAN, Data de Julgamento: 26/09/2017, Primeira Câmara)
>
> Relatório de Inspeção nº 14/2012 convertido em Tomada de Contas Extraordinária. Município de Morretes. Procedência com Aprovação do Relatório. Aplicação de Multas. Restituição de Valores. Envio de peças ao Ministério Público Estadual.
>
> (TCE-PR 4134012, Relator: FABIO DE SOUZA CAMARGO, Primeira Câmara, Data de Publicação: 26/09/2017)
>
> RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO COM EMPRESAS DE FACHADA. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE OS RECURSOS TRANSFERIDOS E O OBJETO AJUSTADO. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. CONHECIMENTO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA MODIFICAR A DELIBERAÇÃO RECORRIDA. NEGADO PROVIMENTO. CIÊNCIA. RELATÓRIO
>
> (TCU - TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE): 00180520150, Relator: BENJAMIN ZYMLER, Data de Julgamento: 20/09/2017, Plenário)
>
> REPRESENTAÇÃO. OPERAÇÕES DA POLÍCIA FEDERAL E DA CGU. CONJUNTO DE INDÍCIOS CONVERGENTES E CONCORDANTES APONTANDO PARA A OCORRÊNCIA DE

> CONLUIO E FRAUDE À LICITAÇÃO. AUDIÊNCIAS E OITIVAS. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. PROCEDÊNCIA. MULTA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA. RELATÓRIO
>
> (TCU - RP: 01824220162, Relator: BRUNO DANTAS, Data de Julgamento: 13/09/2017, Plenário)

Então facilmente percebe-se que o procedimento licitatório da modalidade convite é muito frágil, e que existem vários processos nos Tribunais de Contas, afim de apurar as irregularidades constantes nas licitações da modalidade convite. Visto isto, vislumbra-se a necessidade de aperfeiçoamento no processo licitatório da modalidade convite para inibir a possibilidades de fraudes e descumprimento de leis e princípios que regem a Administração Pública.

7. CONCLUSÃO

O tema licitação é disciplinado pela Lei nº 8.666/93, sabendo que existem duas modalidades não previstas na lei, sendo estas Pregão (Lei nº 10.520/02) e Consulta (Lei nº 9.986/00). A licitação é um mecanismo que está previsto na Constituição Federal e deve ser utilizado para a contratação de bens e serviços por parte da Administração Pública.

Contudo a modalidade convite tem fragilidades que vem da própria lei, por conta da falta de publicidade no processo licitatório, além disso tem o instrumento convocatório (Carta Convite), que é enviado para os interessados através da escolha do Administrador Público, a partir daí existe a possibilidade de um direcionamento da Carta Convite afim de beneficiar a algum licitante, assim ferindo princípios, leis e causando danos a Administração Pública.

Sendo assim, existe ilegalidade na modalidade convite na sua origem pela falta da publicidade no processo licitatório, ficando demonstrado por ir de encontro ao princípio da publicidade previsto na Constituição Federal e na lei especifica de licitações. Além disso, com a falta de publicidade no processo licitatório desencadea a ofensa a outros princípios como a supremacia ao interesse público, impessoalidade, moralidade e probidade e com isso a ofensa ao princípio da legalidade.

A possibilidade do direcionamento da carta convite fere diretamente o princípio da supremacia do interesse público, pois o interesse a ser levado em conta será pessoal e não geral, assim ofendendo a impessoalidade por escolher os participantes que lhe interessem, além da moralidade e probidade, por não ser a atitude moral e proba quando desvia o interesse da coletividade para um interesse pessoal. Sendo assim, ofende o princípio da legalidade, pois quando atos públicos vão de encontro a lei ou a princípios, estes são ilegais.

Visto isso, para evitar que ocorra inobservâncias de princípios e possibilidade de fraude no processo licitatório da modalidade convite é necessário a modificação da Lei de licitações para traze a obrigatoriedade do cumprimento da publicidade e desta forma deixa de existir conflito entre a Lei da Transparência (Lei nº 12.527/11) e a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93).

Ver-se a necessidade da publicidade para assegurar o amplo acesso a informação e ter uma segurança jurídica nos atos vindos da Administração Pública. O artigo 37 da Constituição Federal, demostra isso quando traz expresso a obrigatoriedade da publicidade, sendo assim vinculando a Administração Pública, além disso a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) no seu artigo 1º e 3º trazem expressamente o princípio da publicidade e a necessidade de publicidade.

Portanto a modalidade Convite deve deixar de ser utilizada por conta da sua forma simplificada que torna fácil as fraudes no processo licitatório e várias inobservâncias de princípios e lei que formam o ordenamento jurídico brasileiro. Vendo isso o que prevalece nesta modalidade de licitação nada mais é que várias ilegalidades apontadas neste trabalho, a fim de evitar danos ao Erário e maior segurança jurídica e desenvolver uma confiança na Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, PAULO, Marcelo, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado.** 17. Ed**.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARRETO, Alex Muniz. **Direito Administrativo Positivo**. 4. Ed. São Paulo: Edijur, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Direito Administrativo**. 15 Ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DURÃO, Pedro. **Direito Administrativo Objetivo**. 4 Ed. Salvador: Viajurídica, 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Vade-Mécum de Licitações e Contratos**. 7 Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12 Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 40. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16 Ed**.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 3 Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

Superior Tribunal de Justiça STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AREsp 720564 SE 2015/0129914-9, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Publicação: DJ 11/10/2017. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/509636509/agravo-em-recurso-especial-aresp-720564-se-2015-0129914-9> Acesso em: 16 out. 2017

Tribunal de Contas da União TCU - RP: 01824220162, Relator: BRUNO DANTAS, Data de Julgamento: 13/09/2017, Plenário. Disponível em: https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/499590206/representacao-repr-rp-1824220162/inteiro-teor-499590239> Acesso em: 16 out. 2017

Tribunal de Contas da União TCU - TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE): 03339120157, Relator: AUGUSTO SHERMAN, Data de Julgamento: 26/09/2017, Primeira Câmara. Disponível em: https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504869723/tomada-de-contas-especial-tce-3339120157> Acesso em: 16 out. 2017

Tribunal de Contas da União TCU - TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE): 00180520150, Relator: BENJAMIN ZYMLER, Data de Julgamento: 20/09/2017, Plenário Disponível em: https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/502254005/tomada-de-contas-especial-tce-180520150/inteiro-teor-502254026> Acesso em: 16 out. 2017

Tribunal de Contas do Estado do Paraná TCE-PR 4134012, Relator: FABIO DE SOUZA CAMARGO, Primeira Câmara, Data de Publicação: 26/09/2017. Disponível em: https://tce-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504675264/4134012/inteiro-teor-504675284> Acesso em: 16 out. 2017

Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - AC: 10407030024365001 MG, Relator: Wander Marotta, Data de Julgamento: 03/10/0017, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/10/2017. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/510541684/apelacao-civel-ac-10407030024365001-mg> Acesso em: 16 out. 2017

Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - APR: 10392130006803001 MG, Relator: Wanderley Paiva, Data de Julgamento: 10/10/2017, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 17/10/2017. Disponível em: https://tj-

mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/510530231/apelacao-criminal-apr-10392130006803001-mg> Acesso em: 16 out. 2017

Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP 21505525020178260000 SP 2150552-50.2017.8.26.0000, Relator: Paulo Barcellos Gatti, Data de Julgamento: 18/09/2017, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 27/09/2017. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505310142/21505525020178260000-sp-2150552-5020178260000> Acesso em: 16 out. 2017