

**FACULDADE DOCTUM DE GUARAPARI
REDE DE ENSINO DOCTUM
CURSO DE DIREITO**

APARECIDA BASÍLIO CARDOSO

A FRAGILIDADE DA MODALIDADE CONVITE

**GUARAPARI/ES
2017**

APARECIDA BASÍLIO CARDOSO

A FRAGILIDADE DA MODALIDADE CONVITE

Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso no Curso de Direito da Faculdade Doctum de Guarapari, como requisito parcial para obtenção de Título de Bacharel em Direito.

**Orientador Prof. Esp. Ricardo
José da Silva Silveira**

**GUARAPARI/ES
2017**

APARECIDA BASÍLIO CARDOSO

A FRAGILIDADE DA MODALIDADE CONVITE

Artigo Científico apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Doctum de Guarapari como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 07 de dezembro de 2017

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof. Esp. Ricardo J.da S.Silveira

Prof. Avaliador Wanessa M. Freitas Fortes

Prof. Avaliador Alexandre Linconl L. Capella

FACULDADE DOCTUM DE GUARAPARI
REDE DE ENSINO DOCTUM
CURSO DE DIREITO

A FRAGILIDADE DA MODALIDADE CONVITE

Aparecida Basílio Cardoso
aparecidabc@hotmail.com
Graduanda em Direito
(Autora do artigo)

Prof. Esp. Ricardo José da Silva Silveira
ricardosilveira.prof@gmail.com
Especialista em Direito do Estado
(orientador)

RESUMO

Este artigo apresenta o estudo da fragilidade da modalidade convite, prevista na Lei 8.666/93. Por meio de pesquisas doutrinárias, abordando aspectos relevantes da Lei de Licitações e da CRFB/88, bem como jurisprudências do Tribunal de Contas da União e Tribunais de Justiça, buscou-se comprovar a vulnerabilidade da modalidade convite. Em síntese, apresenta o conceito e as modalidades de licitação, os princípios norteadores a serem observados pela Administração Pública nos certames e como a violação dos princípios da publicidade, isonomia e moralidade são afrontados na modalidade convite, o que a torna uma modalidade frágil, proporcionando ambiente propício para fraude e corrupção. Para afastar tal fragilidade se propôs a alteração da lei, determinando que a publicidade seja eficiente ou retirando da Lei de Licitações a modalidade convite.

Palavras-chave: Licitação; Modalidades; Convite; Princípios; Fragilidade; Adequação.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objeto o estudo da fragilidade da modalidade convite, prevista na Lei 8.666/93, e pretende expor de forma inegável que esta sua fragilidade resulta da violação ao princípio da publicidade, visto que a publicidade do instrumento convocatório é mitigada, infringindo, por decorrência, os princípios da isonomia e da probidade administrativa.

Expõe-se, por meio de jurisprudência, que tal procedimento favorece a corrupção na administração pública, mesmo atendendo os requisitos da Lei de Licitações, que é utilizada para dar aspecto de legalidade às fraudes realizadas por gestores públicos e empresas inidôneas, geralmente em negociações delituosas.

Argumenta-se sobre a fragilidade da modalidade, defendendo-se mudanças na referida lei, para conseqüentemente torná-la eficiente e alinhada aos princípios constitucionais expressos na Constituição Federal.

O trabalho foi direcionado por pesquisas doutrinárias, abordando aspectos relevantes da Lei 8.666/93 e da CRFB/88 no que tange ao Convite e princípios a serem observados em certames licitatórios, bem como por jurisprudências do Tribunal de Contas da União e Tribunais de Justiça, disponíveis na internet. Além disso, menciona notícia sobre as fraudes na Petrobrás por meio do convite, descobertas na conhecida “ Operação Lava Jato”.

Em linhas gerais, é apresentado o conceito, as modalidades e tipos de licitação, bem como os princípios constitucionais e específicos da licitação. Finalmente, aborda a modalidade convite e seu procedimento, com as fragilidades verificadas pelos vícios de inconstitucionalidade no que tange a publicidade, a isonomia e a moralidade administrativa.

Destarte, a proposta apresentada consiste em alterar a Lei 8.666/93, obrigando a publicidade em sítio oficial da Administração Pública ou retirando do ordenamento a referida modalidade, afastando assim a fragilidade do convite.

2 CONCEITO E MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A Administração Pública possui o poder-dever de gerir a máquina pública buscando sempre o bem da coletividade, seus administrados. Para tanto, seus órgãos e

agentes, que a compõe, devem observar critérios para realizar contratações e compras previstos na Lei 8.666/93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas obrigatórias para licitações e contratos impostas ao ente estatal.

Adotamos como conceito de licitação a definição de renomado professor Carvalho Filho (2014, p. 238),

[...] o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Logo, a Administração Pública ao contratar, deverá, regularmente, licitar, exceto nos casos de dispensa e inexigibilidade, previstos nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93.

2.1 TIPOS DE LICITAÇÃO

Os tipos de licitação estão vinculados ao critério de julgamento e são divididos em quatro, que podem ser determinados no edital, para escolher o vencedor do certame.

O Professor Matheus Carvalho (2017, p. 447), salienta que a expressão “Tipos de licitação” não deve ser confundida com a expressão “Modalidades de licitação”, pois esta está relacionada com a estrutura do procedimento da licitação, enquanto a outra se vincula ao critério de julgamento utilizado pela Administração Pública.

Com efeito, o art. 45 da lei 8.666/93 divide os tipos de licitação em menor preço, melhor técnica, técnica e preço e de maior lance.

2.2 MODALIDADES DE LICITATÓRIAS

As Modalidades de licitação estão elencadas no art.22 da Lei nº 8.666/93 e na Lei 10.520/02, a Lei do Pregão.

Segundo a Lei de Licitações, a concorrência deve ser utilizada quando se tratar de contratações de grande vulto, sendo considerada uma modalidade genérica, pois, podem participar quaisquer interessados, o que garante ampla competição. Já a tomada de preços é utilizada para contratos de valores médios, determinados na Lei de Licitações, com participação restrita, porque participam as empresas que estão

inscritas no cadastro público, ou as que se cadastrarem até três dias antes da data da abertura dos envelopes com as propostas.

Quanto a modalidade convite, destina-se para contratos de pequenos valores, é restrita, pois somente convidados participarão do certame, admitindo-se a participação de outras empresas, desde que manifestem seu interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas. Enquanto o concurso é a manifestação da Administração Pública em selecionar trabalhos técnicos, científicos ou artísticos, com instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, e seu procedimento será definido em regulamento próprio.

Por seu turno, o leilão é a modalidade utilizada para alienação de bens móveis, imóveis, inservíveis, apreendidos ou penhorados, pertencentes ao poder público, sendo vencedor àquele que ofertar o maior preço, tendo por base o valor da avaliação. E finalmente, há o pregão, regido pela Lei nº 10.520/2002, instituído para aquisição de bens e serviços comuns, que podem ser designados com expressão usual no mercado, geralmente ocorrem em ambiente virtual, cujo objetivo é contratar pelo menor preço.

Impende observar que a concorrência, a tomada de preços e o convite são definidos em razão do valor do contrato, e, o concurso, leilão e pregão em razão do objeto.

Nesse sentido, o art. 23 da lei 8.666/93 sistematiza qual modalidade será utilizada tendo em vista o valor estimado da contratação. Além disso, buscando prevenir possíveis fraudes na escolha da modalidade de procedimento, o §5º do art. 23 da citada lei, veda a utilização da modalidade convite ou tomada de preços para parcelas de uma mesma obra, serviços ou compras.

Segundo Matheus Carvalho (2017, p. 455),

Configura fracionamento de licitação, a divisão do objeto, seja a contratação de obras ou serviços ou a aquisição de bens com a intenção de se utilizar modalidade licitatória mais simples em detrimento da mais rigorosa que seria obrigatória, caso a compra fosse feita de uma única vez. [...] Nesse sentido, a lei veda a utilização da modalidade convite para aquisição de parcelas de uma mesma obra ou serviço que possam ser realizados conjunta ou concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de tomada de preço ou, até mesmo, por parcelas, para que se evite a utilização de modalidade mais simples.

Contudo, é possível, em conformidade com os §§ 1º e 2º do mesmo diploma, o parcelamento, desde que se comprove ser técnica e economicamente viáveis, devendo ser precedidas de licitação, preservando a modalidade pertinente para a execução do objeto do certame licitatório.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E ESPECÍFICOS DA LICITAÇÃO

O art. 3º, da Lei 8.666/93, preceitua que a licitação está designada a obedecer o princípio constitucional da isonomia, que deverá ser processada e julgada em conformidade com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Como se depreende, o procedimento licitatório deve observar os princípios constitucionais expressos na lei e outros correlatos, como o princípio da eficiência e da indisponibilidade do interesse público, vedando a discricionariedade do agente público quando a Administração contratar, pois, a proposta que melhor atenda o interesse público deverá ser escolhida.

Segundo Matheus Carvalho, (2017, p. 60) “os princípios devem ser encarados como normas gerais coercitivas que orientam a atuação do indivíduo, definindo valores a serem observados nas condutas por ele praticadas [...]”.

Nessa esteira, convém abordar sucintamente os princípios que regulam a licitação, sendo indispensável o princípio da legalidade, expresso no art.4º, da lei de Licitações, garantidor de que todos têm direito subjetivo a fiel observância da lei em procedimento licitatório. Este princípio garante aos interessados em contratar com a Administração Pública que o procedimento licitatório será conduzido em fiel observância a lei, além disso, qualquer cidadão pode acompanhar o procedimento, desde que não prejudique os trabalhos. Para Fernanda Marinela, (2017, p. 429), o princípio da legalidade é indispensável para se realizar uma licitação, garantindo o direito subjetivo a todos de participar de um procedimento licitatório.

Ensina Hely Lopes Meirelles, (2014, p. 90),

A legalidade, como princípio de administração (CF, art.37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode

afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Embasado neste princípio, o administrador deverá observar a formalidade exigida, pois, todos os atos para a realização do procedimento licitatório são vinculados a lei e ao edital publicado.

Citado no rol dos princípios norteadores da licitação está o da isonomia. Disposto no art. 5º, da CF, trata-se de direito fundamental de que todos são iguais perante a lei.

No dizer sempre expressivo de Carvalho Filho, (2014, p. 246),

A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. O princípio, sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da impessoalidade: de fato, oferecendo igual oportunidade a todos os interessados, a Administração lhes estará oferecendo também tratamento impessoal.

Nesse sentido, a Administração deve conceder o mesmo tratamento a todos os administrados, sendo vedada a distinção entre licitantes em procedimento licitatório que atendam aos requisitos exigidos no edital.

No que tange aos princípios da moralidade e da probidade administrativa, a Administração, por meio de seus agentes, deverá observar os padrões de ética e moral, exigindo-se a honestidade, legalidade e boa-fé na conduta dos gestores públicos ao lidar com contratos de titularidade do Estado. No dizer de Matheus Carvalho, (2017, p. 73), “ Esta norma estabelece a obrigatoriedade de observância a padrões éticos de conduta, para que se assegure o exercício da função pública de forma atender às necessidades coletivas.” Ou seja, quem trata com a coisa pública deve respeitar os citados princípios.

O procedimento da licitação deverá obedecer e cumprir o princípio da publicidade, para conhecimento dos interessados em contratar com a Administração e para o controle do cidadão, visto que, a edição de atos secretos é vedada e a Administração Pública deve agir de forma transparente. Com efeito, para que tal princípio seja observado foi editada a lei 12.527/11 que define o dever de publicidade. Vejamos:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei:

I - os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público;

II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Parágrafo único. A publicidade a que estão submetidas as entidades citadas no caput refere-se à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas.

Como se depreende, a Administração Pública e as entidades citadas no art. 1º da referida lei devem respeitar o princípio da publicidade.

Já o princípio da vinculação ao instrumento convocatório está ligado ao edital, que é o instrumento de convocação, com exceção da modalidade convite, o qual estabelece o procedimento da licitação, definindo como será o certame. Conforme ensina Hely Lopes Meirelles, (2014, p. 305),

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

Como se observa, o edital vinculará os licitantes e a Administração Pública, o que significa dizer que seu cumprimento é imperativo, conforme preceitua o art. 41 da lei 8.666/93.

O princípio do julgamento objetivo está firmado no que está determinado no edital, que estabelecerá os critérios objetivos e específicos para selecionar a proposta que melhor atenda a Administração Pública. O julgamento das propostas deverá atender o disposto no art. 45, da Lei de Licitações. Para Matheus Carvalho, (2017, p. 445), tal princípio é extremamente importante, e deve ser observado, pois o edital deve estabelecer qual o critério será usado para escolha da proposta vencedora.

No que se refere ao princípio do sigilo das propostas, cumpre observar que este não fere o da publicidade, dado que, as propostas apresentadas pelos licitantes são

sigilosas até a abertura dos envelopes, conforme determina art. 40, da referida lei. Se as propostas forem conhecidas antes da data especificada no edital para abertura dos envelopes, tal situação, para Matheus Carvalho (2017, p. 445), “configuraria privilégio de alguns licitantes em detrimento de outros, em ofensa clara ao princípio da isonomia”.

Com efeito, esse princípio busca garantir que um licitante não conheça da proposta do outro, pois a violação do sigilo da proposta configura Improbidade Administrativa e trata-se de crime estipulado na própria Lei de Licitações.

A Lei 8.666/93 determina que o procedimento licitatório deve obedecer a todas as formalidades, em respeito ao princípio do procedimento formal que veda ao gestor público inovações ao licitar. De igual forma, não poderá combinar modalidades já presentes na citada lei.

No dizer de Fernanda Marinela (2017, p. 433), “[...] o processo licitatório deve atender a todas as formalidades da lei, não podendo o administrador inventar uma nova modalidade de licitação, nem mesmo misturar duas modalidades em um só certame”.

Portanto, as formalidades determinadas na Lei de Licitações devem ser obedecidas, sob pena de nulidade do certame licitatório.

Concluindo, o princípio da eficácia administrativa significa que a Administração Pública deve buscar os meios tecnológicos e métodos de gestão pública inovadores para execução de suas atividades, trazendo ganhos para os administrados. Segundo Carvalho Filho, (2014, p. 33), “[...] eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração [...]”.

Nesse sentido, a aplicação da solução mais eficiente para administrar os recursos públicos, significa o respeito e a aplicação do princípio da eficácia administrativa.

4 DA MODALIDADE DO CONVITE E SEU PROCEDIMENTO

Convite é a modalidade de licitação utilizada para contratos de obras e serviços de engenharia com valores até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), e para bens e serviços, vedados os de engenharia, até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, (2014, p. 435), descreve de forma concisa o procedimento da modalidade convite, senão vejamos:

No convite, o procedimento é simplificado: a convocação dos licitantes é feita por escrito, com cinco dias de antecedência, mediante carta-convite dirigida a pelo menos três interessados, escolhidos pela unidade administrativa, e mediante afixação, em local apropriados, da cópia do instrumento convocatório, sendo facultada, ainda, a publicação no Diário oficial. Recebidos os envelopes com as propostas, seguem-se a classificação, adjudicação e homologação. O procedimento pode ser realizado por servidor designado pela autoridade competente, não sendo obrigatória a comissão de licitação (art.51, §1º).

De fato, no convite, a Administração escolhe no mínimo três interessados do ramo pertinente ao objeto da licitação, que podem ou não estar previamente cadastrados. Ao serem escolhidos, será enviada as empresas convidadas a Carta Convite, instrumento convocatório dessa modalidade, e será fixada no átrio da repartição, em local visível ao público, estendendo o convite as demais empresas cadastradas na correspondente especialidade para manifestarem interesse no prazo de 24 (vinte e quatro) horas da apresentação da proposta, conforme expresso no art.22, §3º da lei 8.666/93.

Ademais, o intervalo mínimo da Carta Convite, independente do objeto da licitação, serão de 5 (cinco) dias úteis do recebimento desta pelos convidados ou da afixação da carta no átrio da repartição, entende-se que será o que ocorrer por último. E a partir de então, iniciará a contagem do intervalo mínimo.

No que tange a comissão licitante, a regra geral definida no art. 51 da lei de Licitações deverá ser observada e será composta por três membros, devendo ter dois servidores qualificados, pertencentes aos quadros permanentes do órgão da administração responsável pela licitação. Entretanto, se for comprovada a exiguidade de pessoal disponível a comissão licitante será dispensada e será substituída por servidor designado pela autoridade competente, conforme §1º do art. 51 da referida lei.

O art. 22, §6º, da Lei de Licitações, preceitua que quando houver mais de três interessados a cada novo convite realizado para objeto idêntico ou assemelhado, será obrigatório o convite a um novo interessado, não sendo preciso elevar o número de três, mas substituindo um convidado do certame anterior enquanto existirem cadastrados não convidados.

Finalmente, caso ocorra limitação de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados (art. 22, §7º, Lei 8.666/93), tornando impossível o alcance do número mínimo de licitantes exigidos na modalidade convite, desde que devidamente justificado no processo, o certame será realizado. Consequentemente, a ausência de justificativa ou sua inautenticidade tornará o procedimento nulo.

5 FRAGILIDADES VERIFICADAS NA MODALIDADE CONVITE

A modalidade convite apresenta fragilidade justamente por seu procedimento ser direcionado aos convidados da Administração. Propiciando para o responsável pelo certame a oportunidade de escolher quem receberá a carta convite.

Convém notar que a forma de dar publicidade a esta modalidade – afixar no átrio da repartição a carta convite – torna extremamente limitado o número de possíveis interessados em conhecer de tal licitação, prejudicando sua finalidade, qual seja, efetivar a melhor contratação possível para a Administração Pública, visando à satisfação do interesse público.

Além desse aspecto, essa modalidade é terreno fértil para a corrupção nas diferentes esferas de Poder do Estado, visto que, propicia ambiente favorável para negociações, objetivando favorecer empresas ligadas ao grupo que detém o poder político, seja em âmbito federal, estadual ou municipal.

De fato, a Lei de Licitações não obriga a publicação da carta convite em jornal de grande circulação, e é justamente essa publicidade limitada e o convite direcionado, que denota ausência de transparência e indícios da falta de lisura com a coisa pública.

Consoante noção cediça, ocorrem várias fraudes em licitações e contratos com a utilização de empresas inidôneas em conluio com gestores e autoridades públicas, sendo, portanto, o principal tipo de corrupção na execução de despesas públicas. E no Convite especificamente, pois tal modalidade é a que apresenta maior facilidade para burlar a lei.

Nota-se que tais argumentos ressoam no cenário nacional, com veiculação na mídia sobre a corrupção na Petrobrás, envolvendo empresários e agentes públicos, que utilizando a modalidade convite no intervalo de quase dez anos, direcionaram o convite para um grupo restrito de fornecedores, com contratos que somam quase 220

bilhões de reais, representando 61% de todas as compras feitas pela Petrobras entre 2003 e 2012. Esse episódio de corrupção veio à público quando a Operação Lava-Jato investigou os superfaturamentos celebrados pela Petrobrás nos contratos das licitações com a modalidade convite.

É inegável que a modalidade convite serve para o direcionamento de licitações públicas, pois este é um dos mecanismos mais comuns para se devolver “favores” acertados durante a campanha eleitoral, favorecendo o patrimônio dos fraudadores com recursos públicos.

Fabiano de Castro, em seu artigo intitulado A Corrupção no Orçamento: fraudes em licitações e contratos com o emprego de empresas inidôneas (2010, p. 23), expõe com base em pesquisas que,

O gestor mal intencionado dirige as licitações a fornecedores “amigos”, por meio da especificação de condições impeditivas da livre concorrência, incluindo exigências que os demais fornecedores em potencial não têm condições de atender. Um indício da possibilidade de problemas em licitações é a constância de compras junto aos mesmos fornecedores, sem que haja certo rodízio. Caso haja rodízio, há necessidade de verificar a concentração, geralmente ocorrida em apenas três empresas. Sendo comprovado que está havendo direcionamento de compras a fornecedores privilegiados, o fato configura formação de quadrilha, ou crime organizado.

Nota-se que, críticas a tal modalidade estão ausentes dos livros de renomados doutrinadores. Entretanto, há um questionamento promissor sobre a lisura nos certames licitatórios, sobre a ética que deveria nortear a gestão pública, mas que se faz ausente dos atos praticados por muitos agentes públicos. É o que se observa na leitura de artigos e estudos que estão contribuindo para entender a máquina da corrupção e quais mecanismos pode-se utilizar para combater tais práticas no Brasil.

6 VÍCIOS DE INSCONTITUCIONALIDADE DA MODALIDADE CONVITE

A Administração Pública deve, por determinação do art. 37, XXI, da CRFB, contratar mediante processo de licitação pública, ressalvados os casos especificados em lei, assegurando a igualdade de condições entre os concorrentes.

Por seu turno, o art. 175, da Carta Magna, determina que os contratos administrativos sejam igualmente precedidos de licitação, e o art. 3º, da Lei 8.666/93, elenca os princípios que devem ser respeitados em todas as modalidades de licitação.

Conforme se depreende, na modalidade convite os princípios da publicidade, isonomia e moralidade devem ser observados. No entanto, esta modalidade possui um procedimento determinado na referida Lei de Licitações que afronta tais princípios constitucionais.

O mais emblemático é o princípio publicidade, porque não se pode considerar uma publicidade efetiva a fixação da carta convite no átrio da repartição, pois, somente essa forma de publicidade, proporciona ambiente ideal para pactos entre licitantes sobre valores a serem ofertados, consumando fraude a licitação.

Obviamente, outros interessados não têm como prever que uma licitação está para ocorrer. Se a publicidade do certame fosse efetiva, a Administração seria favorecida com número maior de concorrentes, que conseqüentemente, traria um contrato profícuo para o ente contratante.

Resta claro que a publicidade realizada no convite fere frontalmente tal princípio, cerceando a competitividade entre os interessados, pelo fato de não ter sido dada publicidade eficiente, visto que, direciona para os convidados a oportunidade de contratar com a Administração Pública, resultando na violação ao princípio da igualdade.

O princípio da isonomia é indispensável para salvaguardar o direito constitucional de tratamento igualitário, tanto para ter conhecimento como para participar em mesmas condições de outros interessados em uma licitação, seja qual for a modalidade. Mas, ao contrário disso, na modalidade convite somente convidados participam, ou seja, trata-se de uma licitação direcionada para determinadas empresas.

Ademais, o prazo para que outros manifestem interesse em participar do certame são de 24 horas, e estes devem estar previamente cadastrados no ente público ou providenciar em tempo recorde esse cadastramento regular para poder competir com os convidados. Isso revela tratamento desigual.

Há um o revezamento de convidados, mas na prática, como se nota, geralmente é destinada a um grupo específico de fornecedores, e de igual forma, não observa o princípio da competitividade.

Em razão disso, é inegável que há tratamento desigual entre convidados e não convidados, em total desrespeito ao princípio da isonomia.

Tenha-se presente que a violação ao princípio da moralidade decorre da falta de transparência nas licitações, em especial na modalidade convite, dado que, o procedimento proporciona a corrupção dos gestores públicos, ferindo o referido princípio que exige a honestidade e boa-fé no exercício da função pública.

Inclusive, os Tribunais de Contas dos Estados possuem demanda considerável no que tange a falta de transparência em certames licitatórios, principalmente a falta de publicidade adequada na modalidade Convite, como se observa neste julgado:

EMENTA - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO CARTA CONVITE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE RETIFICAÇÃO CONTRATO ADMINISTRATIVO CARTA CONTRATO EXECUÇÃO FINANCEIRA AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS OBRIGATORIOS AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NÃO CUMPRIMENTOS DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS E PROCEDIMENTAIS IRREGULARIDADE INFRAÇÃO A NORMA LEGAL MULTA RECOMENDAÇÃO. São irregulares o procedimento licitatório, a carta contrato e a execução financeira em que se verifica a ausência de apresentação de documentos obrigatórios, tais como a comprovação de publicidade do aviso de licitação e do extrato da Carta Contrato. A violação às normas legais e procedimentais aplicáveis à contratação pública acarreta a aplicação de penalidade de multa e recomendação ao responsável. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, na 10ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara, de 10 de maio de 2016, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto da Relatora, em declarar a irregularidade do Procedimento Licitatório na modalidade de Carta Convite n. 030/2011, da formalização contratual da Carta Contratos/n e da Execução Financeira da Nota de Empenho referente a Carta Contrato, da contratação celebrada entre o Município de Água Clara, por seu Prefeito Municipal, Sr. Edvaldo Alves de Queiroz e a empresa Clarice Rosa de Souza, com aplicação de multa no valor correspondente a 100 (cem) UFERMS ao Sr. Edvaldo Alves de Queiroz, razão de infringência às normas legais e regimentais aplicáveis. Campo Grande, 10 de maio de 2016. Conselheira Marisa Joaquina Monteiro Serrano Relatora
(TCE-MS - CONTRATO ADMINISTRATIVO: 1165392012 MS 1225390, Relator: MARISA JOAQUINA MONTEIRO SERRANO, Data de Publicação: Diário Oficial do TCE-MS n. 1519, de 30/03/2017)

Já neste julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi utilizado fracionamento, violando a Lei de Licitações. Vejamos:

RECURSOS DE APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTRATO ADMINISTRATIVO – CONSTRUÇÃO E INSTALAÇÃO DE ESCOLA EM LOTEAMENTO - CARTA-CONVITE - DISPÊNDIO DE VALORES INCOMPATÍVEIS COM A MODALIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - FRACIONAMENTO INJUSTIFICADO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - RECONHECIMENTO. 1. O ato da Administração Pública ofendeu o disposto na Lei de Federal nº 8.429/92. 2. Para a caracterização de improbidade administrativa é necessária a prática de ato motivado por dolo

ou má-fé, o que foi sobejamente comprovado. 3. Os elementos de convicção produzidos nos autos indicam a irregularidade do ato praticado pela parte ré. 4. Ação civil pública, julgada procedente. 5. Sentença, mantida. 6. Recursos de apelação, desprovidos.

(TJ-SP - APL: 00005962520048260137 SP 0000596-25.2004.8.26.0137, Relator: Francisco Bianco, Data de Julgamento: 23/11/2015, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 17/12/2015)

Em remate, este julgado que apresenta conluio de empresas, com fraude na modalidade convite.

REPRESENTAÇÃO. RECURSOS DO FNDE. AQUISIÇÃO DE MICROÔNIBUS POR MEIO DE CONVITE. EMPRESAS CONCORRENTES COM MESMOS SÓCIOS. FRAUDE NA LICITAÇÃO. AUDIÊNCIAS DOS RESPONSÁVEIS E OITIVAS DAS EMPRESAS. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. CONHECIMENTO. MULTA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. A comprovação de fraude em processo licitatório importa na aplicação de multa aos responsáveis e na declaração de inidoneidade das empresas envolvidas para participar de licitação realizada no âmbito da Administração Pública Federal

(TCU 00505920094, Relator: MARCOS BEMQUERER, Data de Julgamento: 03/02/2010)

Dessa forma, está claro que é premente a mudança na forma de tornar público o instrumento convocatório do convite, o que certamente trará transparência ao certame, por conseguinte, menos fraudes ocorrerão e os princípios da publicidade, isonomia e moralidade serão observados.

7 PROPOSTA DE ADEQUAÇÃO

O atual contexto político no Brasil, com várias ações para apurar crimes de corrupção e a crise moral instalada no país, é o ambiente ideal e o momento oportuno para propor mudanças.

Observa-se uma tendência na gestão pública, em alguns estados, de publicar na imprensa oficial a carta convite, ou utilizar a modalidade a concorrência, visto que é cabível qualquer que seja o valor de seu objeto, conforme disposto no art. 23, §3º, da Lei de Licitações.

Verdade seja, esta publicação em jornal de grande circulação e no Diário oficial envolve um custo muitas vezes excessivo para diversas prefeituras.

Por esta razão, evitando custos, a publicidade por meio sítio oficial da entidade da Administração Pública seria uma forma de se evitar combinados entre os licitantes

interessados, além de atrair vários empresários do ramo pertinente ao objeto da licitação.

Outra forma para contratar seria empregar a modalidade pregão ou concorrência.

Entretanto, enquanto a Lei 8.666/93 não for alterada e obrigar a publicidade em sítios oficiais da carta convite, ou retirar a modalidade convite da referida lei, os princípios da publicidade, isonomia e moralidade continuarão a serem afrontados, permitindo a propagação de arranjos que culminam em prejuízo a Administração Pública.

Por tais razões, somente com a alteração da Lei de Licitações, a modalidade convite estará em harmonia com os princípios mencionados, será conduzida com transparência e será resistente aos corruptos.

8 CONCLUSÕES

Este artigo versou sobre os tipos de licitação e suas modalidades, previstas na Lei 8.666/93 e na Lei 10.520/02, a Lei do Pregão. Discorreu sobre os princípios constitucionais e específicos da licitação, e apontou a fragilidade do convite que decorre, principalmente, pela afronta ao princípio da publicidade.

Defendeu que o convite favorece a corrupção na administração pública, sendo utilizado para dar aspecto de legalidade as fraudes cometidas por gestores públicos e empresas inidôneas nesta modalidade de licitação.

Para fundamentar tal proposição, apresentou jurisprudências e matéria jornalística sobre o caso de corrupção da Petrobrás, que veio a público por meio da “Operação Lava Jato”, e, de que modo a mitigação da publicidade do instrumento convocatório resulta na violação do princípio da publicidade, repercutindo igualmente na violação aos princípios da isonomia e moralidade administrativa.

Em virtude de tudo que foi exposto, tornou-se concludente que a fragilidade da modalidade convite está justamente na afronta ao princípio da publicidade e na escolha dos convidados, pois, dessa escolha direcionada decorre, inclusive, a violação aos princípios da igualdade e da moralidade administrativa.

Entende-se que, o gestor público bem intencionado, que deseja dar transparência aos seus atos, fará escolhas por modalidades como pregão ou concorrência, tendência ainda tímida, mas utilizada em alguns estados.

Por ser uma escolha discricionária, a solução para que a fragilidade do convite seja afastada, seria alterar a Lei 8.666/93, obrigando a publicidade em sítio oficial da Administração Pública ou retirando do ordenamento a referida modalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 27^a ed. rev. e atual. 2014.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Editora Jus Podivm, 4^a ed. 2017.

CASTRO, Fabiano de, TCC – **Especialização em Orçamento Público. A Corrupção orçamentária: fraudes em licitações e contratos com o emprego de empresas inidôneas**. 2010. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/a-corrupcao-no-orcamento-fraudes-em-licitacoes-e-contratos-com-o-emprego-de-empresas-inidoneas.htm>> Acesso em: 11 mar. 2017.

DAMICO, Rodolpho Pandolfi, **As Fragilidades da Carta Convite**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2544&revista_caderno=4> Acesso em 11 mar. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas S.A., Vigésima Sétima Edição. 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 11^a ed. 2^a tiragem. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**, atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 40^a ed. 2014.

RODRIGUES, Alexandre; CARVALHO, Cleide; VASCONCELOS, Fábio. **Em quase 10 anos, Petrobrás contratou 60% das obras por convite**. O Globo, 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/em-quase-10-anos-petrobras-contratou-60-das-obras-por-convite-15278467>> Acesso em: 03 nov. 2017.

SPECK, BRUNO WILHELM. **Mensurando a corrupção: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas**. In: Os Custos da Corrupção *et alli*. Cadernos Adenauer nº 10. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

TCE-MS - CONTRATO ADMINISTRATIVO: 1165392012 MS 1225390. Disponível em: <<https://tce-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/445404051/contrato-dministrativo-1165392012-ms-1225390/inteiro-teor-445404179?ref=juris-tabs>> Acesso em 08 abr. 2017.

TCU - REPRESENTAÇÃO. RECURSOS DO FNDE. AQUISIÇÃO DE MICROÔNIBUS POR MEIO DE CONVITE: TCU 00505920094 Disponível em: <<https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/317544914/505920094/inteiro-teor-317544955?ref=juris-tabs>> acesso em 07 nov. 2017.

TJ-SP – CONTRATO ADMINISTRATIVO: TJ-SP - APL: 00005962520048260137 SP 0000596-25.2004.8.26.0137. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/269305187/apelacao-apl-5962520048260137-sp-0000596-2520048260137/inteiro-teor-269305216?ref=juris-tabs> > Acesso em 03 nov. 2017.