



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES

CURSO DE DIREITO

A FRAGILIDADE DA LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONVITE

Diane Cristina Capoani

Lajeado, novembro de 2016

Diane Cristina Capoani

A FRAGILIDADE DA LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONVITE

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia ou Artigo, do Curso de Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como parte de exigência para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. André Eduardo Schröder Prediger

Lajeado, novembro de 2016

Diane Cristina Capoani

A FRAGILIDADE DA LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONVITE

A Banca examinadora abaixo _____ a Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia ou Artigo, na linha de formação específica em Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como parte da exigência para a obtenção do grau de Bacharela em Direito:

Prof. André Eduardo Schröder Prediger – Orientador
Centro Universitário Univates

Prof. _____
Centro Universitário Univates

Prof. _____
Centro Universitário Univates

Lajeado, novembro de 2016

RESUMO

Em linhas gerais, deve a administração pública realizar um procedimento adequado quando da contratação de bens, obras, serviços e alienações. Com o objetivo de assegurar a ampla publicidade e a competitividade com relação às contratações realizadas em âmbito público, a Lei 8.666 de 21 de junho de 1993 vem auxiliando na mudança de diversas realidades em todo o país. A busca por mais transparência e efetivo cumprimento dos princípios constitucionais e administrativos fez com que o legislador criasse uma ferramenta para controlar e fiscalizar a atuação dos entes federados no que tange à improbidade. Deve ser realizado o procedimento licitatório sempre que a instituição pública objetivar a contratação de bem, serviço, obra ou alienação conforme referido anteriormente, excetuando os casos em que há expressa autorização legal. Nesse processo de aquisição deverão ser observados, obrigatoriamente, os imperativos da isonomia, competitividade, publicidade e indisponibilidade do interesse público, a fim de consagrar a proposta mais vantajosa para a administração, sem descuidar da igualdade entre os participantes do certame. A Lei 8.666 e a Lei 10.520, trabalham com 06 (seis) modalidades licitatórias. A monografia irá aprimorar seu estudo na modalidade *convite*, a qual vem sendo muito utilizada, principalmente em municípios de pequeno porte. Apesar de a modalidade ser a mais célere e econômica, seu procedimento se torna precário perante os demais, e talvez por essa razão, muitas vezes, seja utilizado como instrumento para burlar o sistema objetivando algum benefício ilícito. A conclusão a que se chega é, infelizmente, que tratamos de um procedimento licitatório eivado de vícios e inconstitucional, o qual deixa brechas profundas e largas entre os princípios constitucionais e a licitação na referida modalidade.

Palavras-chave: Licitação. Convite. Inconstitucionalidade. Fragilidade.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

§	Parágrafo
art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
EPP	Empresas de Pequeno Porte
LAI	Lei de Acesso à Informação
LIMPE	Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência
LRF	Lei da transparência, de responsabilidade fiscal
ME	Microempresas
R\$	Reais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	10
2.1 Evolução histórica: breves considerações	10
2.2 Conceito e finalidade	12
2.3 Poderes administrativos	14
2.3.1 Poder de polícia.....	15
2.3.2 Poder regulamentar.....	16
2.3.3 Poder hierárquico	17
2.3.4 Poder disciplinar.....	18
2.3.5 Poder discricionário e poder vinculado	18
2.4 Princípios da administração pública	20
2.4.1 Princípio da legalidade.....	20
2.4.2 Princípio da impessoalidade	21
2.4.3 Princípio da moralidade.....	22
2.4.4 Princípio da publicidade	23
2.4.5 Princípio da eficiência	24
3 ASPECTOS GERAIS DA LICITAÇÃO	25
3.1 Noções gerais	25
3.2 Contratação direta.....	28
3.2.1 Licitação dispensada	28
3.2.2 Dispensa de licitação.....	29
3.2.3 Inexigibilidade de licitação	30
3.3 Modalidades licitatórias	31
3.3.1 Concorrência.....	33
3.3.2 Tomada de preços.....	33
3.3.3 Convite.....	34
3.3.4 Concurso.....	36
3.3.5 Leilão	36
3.3.6 Pregão	37
3.4 Princípios licitatórios.....	39
3.4.1 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório	40
3.4.2 Julgamento objetivo	41

3.4.3 Princípio da impessoalidade	42
3.4.4 Princípio da publicidade	43
3.4.5 Princípio da adjudicação compulsória	44
3.4.6 Princípio da competição	45
3.4.7 Princípio da celeridade.....	46
 4 MODALIDADE LICITATÓRIA CONVITE E SUA FRAGILIDADE.....	47
4.1 Modalidade licitatória <i>convite</i>	47
4.2 Convite e a impessoalidade	49
4.3 Convite e a isonomia.....	50
4.4 Convite e a publicidade	50
4.5 Convite e a moralidade	52
 5 CONCLUSÃO.....	54
 REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

A administração pública é pessoa jurídica pública dotada de prerrogativas, as quais fazem com que seu interesse prevaleça sobre o privado. Em que pese existirem alguns benefícios, a administração pública também deverá cumprir certos limites e exigências fornecidos pela legislação aplicável. Com o decorrer dos anos a exigência se tornou mais rígida em razão dos excessos ocorridos neste âmbito, assim, o legislador buscou elaborar uma nova cultura administrativa, com novas ferramentas de controle e fiscalização, ampliando a responsabilidade do gestor e servidores públicos no que tange a improbidade administrativa.

À vista disso, é natural que a administração pública tenha seus atos vinculados aos limites constitucionais, tendo que observar certos procedimentos formais na realização de suas obrigações, um exemplo é a realização de licitação pública sempre que o administrador for contratar bens, serviços ou obras em âmbito público, salvo em algumas hipóteses dispostas em lei.

É importante o conhecimento por parte da sociedade da forma como se processam e se realizam os atos públicos, pois a partir desse conhecimento poderá ser realizado um controle e uma fiscalização de forma eficiente e adequada. Imprescindível se faz esclarecer, especificamente, como ocorre o procedimento licitatório e os princípios que devem nortear a administração pública quando da realização dele.

Dispõem o artigo 37, XXI, da Constituição Federal que, salvo em alguns casos ressalvados em lei, as contratações pelo setor público serão sempre precedidas de devida licitação pública. Dentro desta realidade, a Lei 8.666/93 veio a fim de regulamentar o referido dispositivo, buscando promover mais transparência e um maior controle social.

De maneira geral, a presente monografia tem por escopo traçar diretrizes básicas acerca do procedimento licitatório, verificando a consonância que há entre a Lei Geral de Licitações e os princípios basilares aplicados no âmbito das licitações públicas. O problema que ora insurge é quanto à modalidade licitatória convite, se está ou não está oferecendo algum tipo de brecha ao administrador público, dando aso a esquemas imorais e ilegais. Como hipótese e levando-se em consideração o procedimento em uma leitura rápida e superficial, a modalidade em estudo é precária quanto à aplicabilidade dos princípios de modo geral.

O estudo, quanto à abordagem será qualitativo, objetivando o aprofundamento na matéria para que tenhamos uma boa perspectiva do funcionamento do poder público. Para que alcancemos nossa finalidade será utilizado o método dedutivo, sendo que a elaboração dos temas tratados foi ancorada em pesquisas na doutrina e jurisprudência, relacionando-se com os princípios, os quais constituem uma ferramenta de grande aprofundamento no estudo.

O trabalho está estruturado em 03 (três) capítulos. O primeiro tem por objetivo trazer algumas considerações importantes no que tange à administração pública. Apresentando conceitos e demonstrando a evolução e o histórico do instituto, bem como a sua relação com as limitações que atualmente se apresentam. Os princípios do direito administrativo são tópicos importantes quando da estruturação do capítulo, pois é estrutura indispensável na busca pelo entendimento da matéria em análise. Será abordado tanto os princípios constitucionais, como aqueles dispostos na legislação infraconstitucional, sendo eles, de alguma forma, qualificadores das relações entre a administração pública e a sociedade como um todo.

O segundo capítulo abordará o procedimento licitatório, sendo caracterizado como a realização de atos sequenciais na busca da proposta mais vantajosa para a administração pública quando esta objetiva a contratação de bens, serviços, obras ou alienações em âmbito interno. Regulada pela lei 8.666 de 1993, a licitação pública com o passar do tempo foi ficando frágil com relação a comportamentos fraudulentos tanto por parte do administrador, como por parte de terceiros sem envolvimento direto com o poder público, e por essa razão o legislador se sentiu obrigado à complementar a legislação no que se refere aos procedimentos. A partir daí surgiram outras normas, das quais o gestor público se vê vinculado. A monografia cita a Lei da Transparência, de Responsabilidade Fiscal - LRF, de improbidade administrativa, todas elas e diversas outras com o intuito de tornar mais resistente o sistema administrativo.

O procedimento licitatório é espécie do qual são gênero 06 (seis) modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão, sendo o convite o objeto análise de nosso estudo. Neste mesmo capítulo serão minuciados os princípios a que se subordina o certame licitatório, alguns trazidos pela nossa Carta Maior, outros estabelecidos pela legislação que anteriormente mencionamos.

O terceiro capítulo trata especificamente da modalidade licitatória *convite*, partindo do pressuposto de que a Lei 8.666/93 deve ser norteadas por um arcabouço de princípios e normas a fim de conferir a ampla competitividade, isonomia e eficiência. À primeira vista, a utilização da referida modalidade de licitação transparece ser frágil e precária. Um comparativo feito entre os referidos princípios e a modalidade licitatória convite, demonstra haver certa incongruência entre ambos, facilitando a prática de condutas desleais e imorais no seio do processo administrativo licitatório.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A administração pública é um órgão instituído com o intuito de gerir o interesse comum. Sendo assim, possui grande responsabilidade junto da sociedade, pois é a partir de seus atos que maneja desde os bens, até os direitos e garantias do cidadão. Deve, precipuamente, administrar de forma transparente e ética, e em consonância com os ditames legais.

Para o presente estudo, faz-se imprescindível obter certo conhecimento acerca de administração pública, para que, posteriormente, possam ser analisados os deveres à que ela está sujeita, sendo a licitação pública um deles.

Portanto, este capítulo tratará, de maneira geral, conceitos, finalidades e atribuições do instituto licitatório, bem como os princípios soberanos a ele, fazendo com que a matéria objeto do trabalho seja compreendida da melhor forma possível.

2.1 Evolução histórica: breves considerações

Ao se definir o tema a ser abordado neste trabalho, há de se considerar as mudanças sofridas no decorrer do surgimento, evolução e atuais práticas que compõe a administração propriamente dita.

Cretella Junior (1992, p. 25-26), explica a origem da administração pública, e segundo ele “[...] não há grupo algum sem chefe ou líder que exerce o papel de subordinante sobre um

conjunto de subordinados”, assim, conseqüentemente, a origem do instituto da administração pública conta com muito mais tempo do que imaginamos. Entretanto, não devemos confundir a administração pública com o direito administrativo, sendo que este ao contrário daquele não conta com a mesma idade, atribuindo-lhe uma média de 150 anos (CRETELLA, 1992).

Na mesma linha de pensamento, o autor cita a Grécia antiga como o reduto de instituições destinadas a proteger a ordem interna e externa, bem como os interesses coletivos de uma parcela da população considerada cidadãos influentes. Desta forma, caracterizava-se o direito administrativo, embora o mesmo não fosse completamente disseminado e tampouco conhecido por toda a população.

Neste mesmo diapasão, Friede (1999, p. 1) externa um amplo conceito da evolução do instituto. Segundo ele, o Estado:

Evoluiu da antiguidade onde era detectada a presença do governo único, Antiguidade oriental, Império persa; o surgimento das cidades-Estados, Antiguidade clássica, Império grego; e o início do desenvolvimento da administração estatal, Antiguidade ocidental, Império romano, passando pela Idade Média marcada pelo regime feudal, pelo surgimento das comunas e cidades, pela concentração de riquezas e pelo predomínio do direito romano.

Ainda de acordo com Cretella Junior (1992), o direito administrativo na Idade Média compõem-se de dois períodos, o período Feudal e o Comunal, sendo que no primeiro prevaleceu o governo arbitrário e patrimonial onde a autoridade central era desorganizada; já no segundo houve a revolução dos municípios, crescendo e organizando uma administração pública democrática.

Passado este período (Idade Média), e avançando para a Idade Moderna, observa-se a evolução do Estado Absolutista, caracterizado por Friede (1999, p. 1-2) da seguinte forma:

Chegando a idade moderna, onde se deu a evolução do Estado Absolutista, caracterizado pelo poder ilimitado do rei, com a organização das primeiras regras administrativas; para o Estado liberal, caracterizado pela sujeição do Estado ao império da lei e criador do direito administrativo, e para o Estado intervencionista onde o desenvolvimento do direito administrativo se acelerou em face das múltiplas atividades que o Estado passou a exercer.

De acordo com ele, o poder-dever aliado ao cidadão, sujeito de direito, integrou a essência do Estado, no modelo contemporâneo, sendo o direito administrativo o regramento para a administração pública na busca do equilíbrio harmônico entre o dever do Estado e o direito do cidadão (FRIEDE, 1999).

2.2 Conceito e finalidade

A administração é passível de amplas definições. É uma atividade administrativa aquela que se direciona a preservação e promoção dos direitos do cidadão de forma individual e/ou coletiva, primando pela satisfação do interesse próprio, denominada, portanto, atividade administrativa privada.

Outra a ser nominada é a atividade administrativa pública, a qual tem como objetivo proteger os interesses sociais e comuns de forma geral, visando a proteção e preservação do patrimônio coletivo, e de forma paralela, atuando com o intuito de garantir sejam aplicadas as regras no cumprimento dos deveres legais de cada um, bem como dos entes subordinados. Sendo esta última (administração pública) o objeto a ser explorado pelo presente trabalho que terá agregado em seu conjunto as modalidades licitatórias, especificamente a modalidade convite.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, descreve a expressão administração pública em amplo sentido, sendo dirigida aos três poderes: executivo, legislativo e judiciário.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Na visão de Friede, a administração pública é a atividade inerente ao Estado, por meio da qual busca a satisfação do interesse coletivo (FRIEDE, 1999).

Lucia Valle Figueiredo (2006, p. 34) amplia o conceito de administração pública, segundo a autora, praticar atividade administrativa consiste “no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos [...]”, ou seja, na medida em que há o desempenho da função (atividade), esta compromete os sujeitos que dela participam e por consequência a compõe, a honrar o regramento de forma a proporcionar a priori, o interesse comum da sociedade. No entanto, a condução deste papel sem que se alterem os princípios que a regem torna-se deveras problemático, tendo em vista que os últimos anos foram de um intenso processo de mudanças e aperfeiçoamento dos mecanismos de gestão.

Já Di Pietro (2006) valoriza o conceito, abrangendo tanto a atividade de planejar, dirigir e comandar, como também a atividade subordinada de executar.

Em sentido material ou objetivo, a Administração Pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos. Em sentido subjetivo, como o conjunto de órgãos e pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado (DI PIETRO, 2006, p. 61-62).

Segundo a autora, a expressão administração pública envolve dois sentidos, sendo eles, o sentido subjetivo, formal ou orgânico e o sentido objetivo, material ou funcional.

A propósito, José Cretella Júnior (1966, p. 24) menciona:

Adotando-se o critério subjetivo ou orgânico, administração é o complexo de órgãos aos quais se confiam funções administrativas, é a soma das ações e manifestações da vontade do Estado, submetidas à direção do chefe do Estado. Os autores que se decidem pelo critério objetivo consideram a administração como a atividade concreta do Estado dirigida à consecução das necessidades coletivas de modo direto e imediato.

Seguindo esta linha de conceito, Hely Lopes Meirelles (2010, p. 65), define:

Administração Pública- Em sentido formal, é o conjunto de órgãos constituídos para consecução dos objetivos do governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade.

Analisando o já acima descrito, vale trazer a baila o conceito de Toshio Mukai (1999, p. 19) referente à administração pública:

[...] É não só governo, Poder Executivo, a complexa máquina administrativa, o pessoal que a movimenta, como também a atividade desenvolvida por esse aparelhamento que possibilita ao Estado o preenchimento de seus fins [...].

Sublinhe-se que apesar dos vários conceitos referentes à administração pública, a maioria segue uma mesma linha de pensamento, a qual centraliza a atividade como um sistema operacional dirigido aos vários segmentos de uma sociedade na busca organizada dos interesses sociais individuais e coletivos.

Quanto aos fins pretendidos pela máquina pública, é importante ressaltarmos a imperatividade que toma os interesses públicos com relação aos privados, e que fundamentalmente caracteriza a prática pública.

É instituição que tem como fim em si mesmo o bem comum da coletividade, sempre respeitando os princípios e normas norteadoras.

Neste sentido se posiciona Hely Lopes Meirelles (2010, p. 87):

Os fins da Administração pública se resumem num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada. Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo. Se ele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não instituiu a Administração senão como meio de atingir o bem-estar social. Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade.

Enfatiza a doutrina de Marçal Justen Filho (2005, p. 29):

A função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infra legal e submetido ao controle jurisdicional.

Assim sendo, para que a administração pública possa exercer suas atribuições e garantir eficácia à sua finalidade, que é o bem comum da sociedade, necessário que faça uso de prerrogativas especiais. O legislador cuidou para que isso fosse possível criando poderes e conferindo ao órgão público a exclusividade de sua utilização. Para esclarecer a ideia de supremacia do interesse coletivo sobre o privado, bem como a existência de certos poderes da administração pública, analisaremos, de forma mais abrangente alguns poderes atribuídos à esfera pública.

2.3 Poderes administrativos

No momento em que passamos a viver em sociedade, imprescindível se faz a existência de um conjunto de normas capazes de regular a vida em comum. O legislador buscou normatizar esse convívio entre as pessoas e confiou à administração pública o dever de aplicar tais normas, fiscalizar a atuação da sociedade, e se preciso, punir quem desrespeitar a esfera particular do outro, bem como, disciplinar a atuação de seus agentes, os quais devem obrigatoriamente obedecer aos princípios que estão vinculados. Para isso a esfera pública conta com algumas prerrogativas.

Consideram-se poderes administrativos:

- O discricionário e o vinculado;
- Os decorrentes da hierarquia;
- O disciplinar;
- O regulamentar;
- O de polícia.

Muito embora a autora Irene Patrícia Nohara (2016, p. 114) considere que “A vinculação não é propriamente um poder, mas corresponde à sujeição completa da Administração ao império da lei”, a análise do poder vinculado se faz de suma importância para que possamos compreender da melhor forma possível, o conceito e a finalidade do poder discricionário, sendo assim, os tópicos a seguir tratarão da matéria como sendo um dos poderes atribuídos à gestão pública.

2.3.1 Poder de polícia

Podemos conceituar o Poder de Polícia como aquele que busca regular a vida em sociedade, estabelecendo limites ao particular para que este não ultrapasse sua esfera de direitos atingindo a sociedade. É, na verdade, instrumento de que dispõe a administração pública para concretizar sua finalidade, qual seja o bem comum.

O Código Tributário Nacional, precisamente no artigo 78, prevê o conceito do poder de polícia, vejamos:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2002, p. 386) o poder de polícia:

Denomina-se polícia à função administrativa que tem por objeto aplicar concreta, direta e imediatamente as limitações e os condicionamentos legais ao exercício de

direitos fundamentais, compatibilizando-os com interesses públicos, também legalmente definidos, com a finalidade de possibilitar uma convivência ordeira e valiosa.

As palavras de Carvalho Filho (2010, p. 81) corroboram com o entendimento de que o poder de polícia é meio pelo qual efetivamente se busca o interesse comum, “Quando o poder público interfere na órbita do interesse privado para salvaguardar o interesse público, restringindo direitos individuais, atua no exercício do poder de polícia”.

Segundo o autor, o poder de polícia possui dois sentidos, um amplo em um estrito. Vejamos:

Em sentido amplo, poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. [...]. Em sentido estrito, o poder de polícia se configura como atividade administrativa, que consubstancia, como vimos, verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade (CARVALHO FILHO, 2010, p. 82).

Em linhas gerais, o poder de polícia representa o limite de atuação do sujeito aplicado pelo funcionalismo público, com o intuito de harmonizar o convívio societário. Neste contexto citamos alguns exemplos de polícia administrativa, tais como: polícia sanitária, polícia ambiental e polícia de trânsito.

2.3.2 Poder regulamentar

Trata-se de poder conferido à administração pública, mais precisamente aos chefes do Poder Executivo, conferindo a estes a prerrogativa para editar e complementar suas leis e demais normas a fim de suprir lacunas deixadas pelo legislador, bem como, elucidar determinados aspectos.

Para que possamos entender melhor o conceito do referido poder, vale a leitura das considerações feitas por Hely Lopes Meirelles (2010, p. 130):

O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado.

Carvalho Filho (2010, p. 60) considera que o referido poder é “prerrogativa conferida à administração pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação”, ou seja, para ele o poder regulamentar se torna verdadeira ferramenta de aplicação das normas criadas pelo poder legislativo.

O artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal dispõe que “Compete privativamente ao Presidente da República:”, sendo que a referida norma é a fundamentação legal do poder regulamentar, pois se vincula por analogia ao chefe do executivo da esfera Estadual e Municipal.

2.3.3 Poder hierárquico

O poder hierárquico é aquele pelo qual a administração pública organiza o seu quadro funcional, estabelecendo direitos e deveres aos gestores e agentes públicos, criando uma relação de coordenação e subordinação entre eles e facilitando o entrosamento nas relações e desenvolvimento dos trabalhos.

Neste sentido, vide as considerações de Cunha Júnior (2010, p. 80), o qual afirma que o poder hierárquico “é aquele que confere à Administração Pública a capacidade de ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas no âmbito interno da Administração”.

Odete Medauar (2011, p. 124) considera ser imprescindível a existência do referido poder nas relações internas dos jurisdicionados, vejamos:

A existência de hierarquia na relação entre órgãos e nas relações funcionais entre servidores leva ao exercício de poderes e faculdades do superior sobre o subordinado, vistos como desdobramentos ou decorrências do poder hierárquico, dentre os quais o poder de dar ordens ou instruções; de controle sobre atividades dos órgãos e autoridades subordinadas; de rever atos dos subordinados; de decidir conflitos de competência entre subordinados; de coordenação.

Hely Lopes Meirelles (2014, p. 135), vai ao encontro das palavras proferidas pela doutrinadora Medauar (2011), dispondo que o referido poder, “é o de que dispõe o executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus

agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal”.

2.3.4 Poder disciplinar

À vista do exposto acima, percebe-se que o poder disciplinar é decorrência lógica do poder hierárquico, pois aquele se resume na prerrogativa que possui a administração pública de coibir atos praticados por seus agentes que estejam em desconformidade com as normas e princípios norteadores, sendo de suma importância que haja uma hierarquia entre os envolvidos a fim de evitar possível desordem.

Nessa esteira, temos as observações feitas pela ilustre Marinella (2007, p. 162):

[...] o poder disciplinar conferido à Administração Pública lhe permite punir, apenar a prática de infrações funcionais dos servidores e de todos que estiverem sujeitos à disciplina dos órgãos e serviços da Administração, como é o caso daqueles que com ela contratam.

Em suma, o poder disciplinar se resume na discricionariedade do poder público para aplicação da sanção administrativa em âmbito interno, sempre observando os limites estabelecidos, assim como a oportunidade, o interesse e a conveniência. Estando diante de hipótese que obrigue a aplicação de penalidade, a não observância do poder disciplinar, ou seja, a não aplicação da consequente penalidade, pode vir a constituir o crime de condescendência criminosa consoante dispõe o artigo 320 do Código Penal Brasileiro.

2.3.5 Poder discricionário e poder vinculado

Para que a administração pública possa pôr em prática os poderes a ela inerentes, nem sempre possui liberdades para tanto, muitas vezes deve seguir estreitos limites para que não haja um abuso de poder ou de autoridade.

Quando a lei cria requisitos pelos quais o administrador ou agente público deve observância quando da realização de determinado ato, falamos em vinculação, ou seja, poder vinculado.

O poder vinculado é aquele pelo qual o Direito propõe à administração pública o preenchimento de determinados requisitos para a prática de atos de sua competência, e caso não sejam observados, o ato será considerado nulo.

Hely Lopes Meirelles (2010, p. 120) faz colocações a respeito:

Nessa categoria de atos administrativos a liberdade de ação do doutrinador é mínima, pois terá que se ater à enumeração minuciosa do Direito Positivo para realiza-los eficazmente. Deixando de atender a qualquer dado expresso na lei, o ato é nulo, por desvinculado de seu tipo-padrão.

Diversamente do poder vinculado, dispõe a administração pública de um poder discricionário, sendo que este é o oposto daquele.

Cumprе ressaltar as considerações de Hely Lopes Meirelles (2010, p. 122) acerca da distinção entre o poder vinculado e o discricionário:

A faculdade discricionária distingue-se da vinculada pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador. Se para a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede essa faculdade.

O poder discricionário concede à administração pública certa liberdade na prática de determinados atos, ou seja, liberdade de ação administrativa dentro dos limites estabelecidos em lei. Essa liberdade a que nos referimos é baseada na lógica de que somente o administrador, vislumbrando a verdade real, poderá decidir conforme as circunstâncias que se apresentam e assim, da melhor forma possível.

Opinião semelhante é identificada nas lições de Hely Lopes Meirelles (2010), o qual considera que só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo.

2.4 Princípios da administração pública

Tidos como base no ordenamento jurídico, os princípios são meios de validade aos atos e normas jurídico-administrativos. No que tange à administração pública, o legislador buscou estabelecer de forma expressa o mínimo de cinco princípios de observância obrigatória, sendo que estão insculpidos no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A seguir a transcrição:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

Em que pese os princípios que geram a sigla LIMPE (Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência) terem base expressa no ordenamento constitucional, o administrador está subordinado também aos princípios da legislação infraconstitucional, analisaremos num primeiro momento cada um dos princípios expressamente previstos.

2.4.1 Princípio da legalidade

Este princípio certamente é considerado um dos pilares do direito brasileiro, não só em âmbito administrativo, mas também em nível constitucional e em vários outros ramos do direito.

O princípio da legalidade significa dizer que todo e qualquer ato praticado pela esfera pública, tanto em nível federal, como estadual e municipal, deve, precipuamente, estar embasado em legislação expressa, ou seja, deve ser autorizado pela lei. Se não o for, o ato é ilícito.

Note-se, o âmbito público e o âmbito privado devem comportar-se de maneira distinta, ou seja, enquanto que o particular faz o que não é proibido em lei, o público só poderá fazer aquilo que está expressamente autorizado.

Na feliz comparação de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 103):

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos.

Assim temos, portanto, que o princípio em comento busca abolir qualquer requinte de pessoalidade e improbidade que possa surgir no âmbito público. Posicionando-se de forma a refutar esta prática e como bem ressalta Mello (2014, p. 103), “o princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania”.

2.4.2 Princípio da impessoalidade

Insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, o princípio da Impessoalidade concede a obrigatoriedade da realização de atos e procedimentos administrativos livres de qualquer forma de promoção ou favorecimento pessoal.

Para entender melhor tal mecanismo, Rafael Rezende Oliveira (2013, p. 98) explica:

A atuação da Administração deve ter sempre o objetivo de atender ao interesse público, sendo vedadas, em princípio, discriminações e privilégios para determinadas pessoas. É corolário lógico do princípio da impessoalidade, por exemplo, a exigência de concurso público para ingresso em cargos e empregos públicos (art. 37, II da CRFB), assim como o são, também, a obrigatoriedade de licitação para celebração de contratos da Administração Pública (art. 37, XXI, da CRFB) e a observância da regra do precatório no pagamento de débitos da Fazenda Pública oriundos de sentença judicial transitada em julgado (art. 100 da CRFB).

Cabe ressaltar que há, no núcleo da impessoalidade, uma forma de favoritismo que se dá o nome de legítima, sendo ela proporcional às diferenças sofridas pela classe. Oliveira (2013, p. 98) descreve:

Alguns exemplos de discriminação legítima existentes no direito brasileiro são: a reserva de vagas em cargos e empregos públicos para portadores de deficiência (art. 37, VIII da CRFB e art. 5.o, § 2.o da Lei 8.112/1990); a gratuidade no transporte público para idosos (art. 230, § 2.o da CRFB e art. 39 da Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso);⁷⁷ a gratuidade no transporte público interestadual para portadores de deficiência, comprovadamente carentes (Lei 8.899/1994);⁷⁸ o tratamento diferenciado dispensado às Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) quando participam de licitações públicas;⁷⁹ a cobrança de tarifas diferenciadas na prestação de serviços públicos, na forma do art. 13 da Lei 8.987/1995 e da súmula 407 do STJ que dispõe: ‘É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo’.

Deve-se, contudo, haver certa proporcionalidade quanto à distinção realizada entre a discriminação ou favoritismos e as situações em que são encontradas determinadas “pessoas”. Vale a pena, mais uma vez, lembrarmos que a essência do princípio em comento é proporcionar isonomia e vedar a pessoalidade no que tange ao favorecimento pessoal dentro da esfera de diferenças de cada um, almejando sempre a melhor proposta para a esfera pública.

2.4.3 Princípio da moralidade

Em termos legais, a administração pública externada em seus agentes deve, obrigatoriamente, ser guiada pela moralidade. Pode-se dizer ainda que burlar qualquer outro princípio, estaria, consequentemente, ferindo de morte o princípio da moralidade.

Interessante consignar entendimento de Marçal Justen Filho (2011), no qual faz referencia a uma área específica da administração pública, qual seja, o procedimento licitatório, considerando que os princípios aplicam-se tanto à conduta do agente da administração pública como à dos próprios licitantes. A moralidade compreende também a boa-fé.

A legislação traz vários mecanismos na busca por este fim, como por exemplo a Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), a Lei da Ficha Limpa, Súmulas referentes ao nepotismo, e diversas outras.

De acordo com as palavras de Hely Lopes Meirelles (2010, p. 91):

O certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, além da sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima.

Podemos dizer que na atividade administrativa é fato, principalmente para o agente público, demandar conhecimento e um perfil compatível, sendo esse perfil revestido de probidade, eficiência e boa fé.

2.4.4 Princípio da publicidade

Para facilitar e aprimorar o controle social em âmbito público, o legislador cuidou para que o princípio da publicidade tivesse previsão expressa na legislação constitucional. É o princípio da publicidade que propicia acesso amplo da comunidade para com os atos e contratos administrativos, exceto é claro, os quais obrigatoriamente devem permanecer em sigilo.

Na busca do efetivo cumprimento desta meta de transparência, o legislador buscou aprimorar os mecanismos necessários, criando, por exemplo, a Lei 12.527/2011, que trata do acesso à informação em âmbito público em suas diversas esferas, veja o que diz o seu artigo 1º:

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.

Importante ressaltar as considerações feitas pelo doutrinador Rafael Rezende Oliveira (2013, p. 103), com relação à referida norma:

A Lei de Acesso à Informação (LAI) representa uma mudança de paradigma na Administração Pública brasileira, implementando a ‘cultura da transparência’, necessária ao combate à corrupção e ao controle social da máquina administrativa.

Em que pese a publicidade ser de elevada importância e de obrigatoriedade reconhecida, ainda assim, em algumas situações ela deve ser requerida, e a Constituição Federal de 1988 dispõe acerca de algumas hipóteses em seu artigo 5º, vejamos:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
 XXXIII - 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;
 XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
 a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
 b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;
 LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;
 LXXII - 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.

Nesse sentido as considerações feitas por Alexandre Mazza (2015, p. 122), “Como os agentes públicos atuam na defesa dos interesses da coletividade, a proibição de condutas sigilosas e atos secretos é um corolário da natureza funcional de suas atividades”.

2.4.5 Princípio da eficiência

Foi por intermédio da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de janeiro de 1998, que o princípio da eficiência foi expressamente incluído no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Cumpre ressaltar que somente foi dado embasamento material ao tipo, pois há tempos já era cobrada a eficiência em sede de administração pública.

Por este princípio, deve a administração pública cumprir com eficiência e presteza seus atos, oferecendo à sociedade um serviço público de qualidade.

A conceituação desse princípio é muito bem colocada por Meirelles (2000, p. 90):

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

O funcionalismo público deve agir de maneira eficiente na busca da satisfação dos interesses coletivos, do contrário incorrerá em improbidade administrativa conforme prevê o artigo 11 da Lei 8.429 (Lei de Improbidade Administrativa).

Portanto, tanto o administrador como os agentes públicos servidores possuem poderes e também deveres (moralidade, eficiência, etc.). No certame licitatório não é diferente, pois deve a administração pública observar criteriosamente os princípios aos quais se vincula.

Vejamos a seguir o conceito e o desenvolvimento do procedimento licitatório.

3 ASPECTOS GERAIS DA LICITAÇÃO

Como visto no capítulo anterior, a administração pública é órgão que possui como finalidade essencial o interesse da sociedade. Todos os seus atos, no momento em que são realizados pelo funcionalismo público, devem estar calcados no bem comum.

Para que a administração pública possa alcançar seu objetivo, foram-lhe conferidas algumas prerrogativas de uso exclusivo, porém, também deverá observar deveres quando da prática de certos atos de sua competência. A licitação pública constitui-se dever da administração com o intuito de oferecer maior transparência e garantir um melhor controle social.

Este capítulo trará algumas características deste instituto chamado licitação pública. Analisando as modalidades, no que estas diferenciam dos tipos, bem como as peculiaridades entre um e outro, haverá uma melhor compreensão quando do aprofundamento da matéria específica do presente trabalho, qual seja, a modalidade licitatória convite.

3.1 Noções gerais

O inciso XXI, do artigo 37 da Constituição Federal, trata da obrigatoriedade de se realizar procedimento licitatório quando da realização de obras, serviços, compras e alienações em âmbito público.

Vale a leitura do respectivo dispositivo da Constituição Federal de 1988:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)

É interessante observar que todo objeto, foco de aquisição ou contratação, deve se submeter ao procedimento previsto na Carta Constitucional, exceto naqueles casos expressamente dispostos na legislação, os quais serão estudados em tópico específico.

Pois bem, este procedimento pretende garantir o princípio da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a administração pública.

Consoante doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 517):

Licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

Outro grande doutrinador, Carvalho Filho (2001, p. 188), nos proporciona uma visão detalhada do procedimento:

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 do contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Marçal Justen Filho (2005, p. 309) traz sua opinião e conceito quanto ao tema em análise, vejamos.

É um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzidos por um órgão dotado de competência específica.

No mesmo diapasão Rafael Rezende Oliveira (2015, texto digital) expõe o seu conceito relativo ao certame, considerando-o “o processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei com o objetivo de selecionar a melhor proposta, por meio de critérios objetivos e impessoais, para celebração de contratos”.

O Tribunal de Contas da União considera ser o procedimento licitatório a “Competição e consequente busca dos melhores preços à Administração”, sendo que pondera

ser o objetivo primordial da formulação da lei de licitações e contratos “além da competição, garantir que a contratada possua condições de honrar as obrigações assumidas perante o Poder Público” (BRASIL 2010, p. 38).

Diante das diversas conceituações, o procedimento licitatório é, sobre tudo, uma sequência de atos ordenados e vinculados por meio dos quais a administração pública realiza obras, serviços, compras e alienações, proporcionando, *em regra*, igualdade na competição, moralidade nos seus atos e transparência no agir, a fim de selecionar a melhor proposta para o setor público externada em um contrato administrativo.

Uma licitação possui, em regra, duas fases, a fase interna e a fase externa. A primeira trata de situações formais, ou seja, necessidade de contratação, especificações do objeto, verificação de disponibilidade de dotação orçamentária, elaboração do instrumento convocatório e demais atos subjetivos, conforme prevê a Lei 8.666/93. Já a segunda, a fase externa, inicia com a publicação do ato convocatório, dando publicidade do procedimento aos possíveis interessados em contratar com o poder público.

É na fase interna que a administração pública poderá sanar eventual vício sofrido até então. Conforme o Tribunal de Contas da União, “durante a fase interna da licitação, a Administração terá a oportunidade de corrigir falhas porventura verificadas no procedimento, sem precisar anular atos praticados” (BRASIL, 2010, p. 138). Entretanto, verificado qualquer vício na fase externa, a qual inicia com a publicação do edital, qualquer falha ou irregularidade constatada, se insanável, levará à anulação do procedimento de acordo com o referido Tribunal.

Importante mencionar que a Constituição Federal no que tange ao procedimento licitatório, não é a única a se dedicar à matéria, sendo complementada pela legislação infraconstitucional, por exemplo, a mencionada Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei 10.520 de 17 de julho de 2002, a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, dentre outras que impuseram ao gestor público diferentes exigências para promoção da licitação pública. A legislação em comento aprofunda a matéria em questão, preenchendo lacunas e orientando o administrador público em casos específicos.

Pelo que se depreende do artigo 37 da Constituição Federal, bem como na legislação infraconstitucional que trata da matéria, em alguns casos a licitação é dispensada ou então inexigível, seja por força da situação, seja em função do valor. De qualquer modo, a

realização do procedimento nestes casos se torna inviável. Os itens a seguir se dedicarão ao estudo de tais hipóteses.

3.2 Contratação direta

De acordo com o mencionado artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, a obrigatoriedade da licitação comporta exceções, as chamadas contratações diretas, ou seja, contratações que não necessitam da observância de um procedimento prévio e rígido, que é o caso do licitatório. Porém, vale a pena salientar que a necessidade da realização de um procedimento formal prévio não deixa de ser considerada.

As contratações diretas são oriundas de licitação dispensada (art. 17 da Lei 8.666/1993); dispensa de licitação ou licitação dispensável (art. 24 da Lei 8.666/1993); e inexigibilidade de licitação ou licitação inexigível (art. 25 da Lei 8.666/1993). Vejamos cada uma delas.

3.2.1 Licitação dispensada

O artigo 17 da Lei 8.666/93 dispõe acerca da alienação de bens móveis ou imóveis da administração pública, a qual como regra, exige a realização de procedimento licitatório, sendo no primeiro caso cabível o leilão e no segundo caso cabível a concorrência.

Entretanto, essa regra comporta exceções, sendo elas elencadas no inciso I e II do referido dispositivo, que estabelece haverá dispensa de licitação quando estivermos diante de:

- Dação em pagamento;
- Doação;
- Permuta;
- Investidura;

- Venda para outros órgãos ou entidades administrativas;
- Programas habitacionais;
- Venda de ações, que poderão ser comercializadas em bolsa;
- Venda de bens quando a entidade administrativa possui essa finalidade;
- Procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei 6.383/1976, j) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m².

É importante deixar claro que diante das hipóteses analisadas, o administrador deverá realizar a contratação direta, pois não se trata de mera discricionariedade da administração pública, calcada na oportunidade e conveniência, e sim norma em sentido vinculado.

O Tribunal de Contas da União já deliberou a respeito, considerando que nos casos de licitação dispensada, “diante das peculiaridades do contrato a ser celebrado, ao gestor não cabe optar pela licitação, mas proceder à contratação direta, na forma da lei” (BRASIL, 2010, p. 589).

Nesse sentido, importante ressaltar as considerações feitas pelo referido Tribunal com relação à matéria, disposta no Acórdão 2378/2006 Plenário (Voto do Ministro Relator Valmir Campelo):

É indiscutível que licitação é a regra e dispensa é a exceção. A dispensa, que pressupõe viabilidade de competição, pode se dar por licitação dispensada - art. 17, incisos I e II, da Lei de Licitações, ato vinculado - e por licitação dispensável - art. 24 da referida lei. Tal artigo enumera exhaustivamente as hipóteses em que a licitação é dispensável, ou seja, licitação que a Administração pode dispensar se assim lhe convier (discricionariedade administrativa). Como bem se vê, há sempre a possibilidade de a licitação ser realizada, porém, por motivos de conveniência e oportunidade, esta é dispensável. Não ao arrepio da lei, mas com observância e sujeição a ela.

3.2.2 Dispensa de licitação

As hipóteses de dispensa de licitação estão elencadas no artigo 24 da Lei 8.666/93. Nestes casos não tratamos da inviabilidade da licitação, pelo contrário, haveria a possibilidade de competição entre dois ou mais licitantes, porém, o procedimento *pode* ser afastado pelo

administrador tendo em vista o interesse público envolvido. Contrapondo com a hipótese da licitação dispensada, neste caso haverá discricionariedade por parte do gestor público, conferindo a ele a prerrogativa de realizar ou não o procedimento licitatório.

O Tribunal de Contas da União trata do assunto da seguinte forma:

Em licitação dispensável admite-se que a Administração contrate diretamente sem licitação, mesmo quando há possibilidade competição. [...]. Em qualquer caso, deve o gestor buscar obter no mercado do objeto da contratação, no mínimo, três orçamentos (BRASIL 2010, p. 590).

Outra informação importante, trazida pela doutrina de Carvalho Filho (2010, p. 271), dispõe acerca do procedimento da dispensa. Segundo o autor:

Em observância ao princípio da motivação dos atos administrativos, exige o estatuto que sejam expressamente justificados no processo os casos de dispensa de licitação previstos no art. 24, inc. III e seguintes, do Estatuto, devendo o administrador comunicar a situação de dispensa em três dias à autoridade superior, e a esta caberá ratificá-la e publicá-la na imprensa oficial em cinco dias; a publicação é condição de eficácia do ato.

Assim sendo, fica cristalino que até mesmo o procedimento de dispensa de licitação calcado no artigo 24, inciso III, da Lei 8.666/93, fica adstrito ao princípio da publicidade, sendo este, condição imprescindível de eficácia do procedimento.

O referido artigo da Lei Geral de Licitações e contratos administrativos dispõe de forma taxativa, as 36 (trinta e seis) hipóteses em que o administrador poderá dispensar a realização de procedimento licitatório, assim sendo, os casos que versam sobre a dispensa não poderão ser ampliados.

3.2.3 Inexigibilidade de licitação

A inexigibilidade de licitação se diferencia da dispensa justamente porque naquela há a possibilidade de competição, já nesta pressupõem-se a inviabilidade de concorrência.

A Lei 8.666/93 trata da matéria em seu artigo 25, quando enumera, exemplificativamente, algumas hipóteses de inexigibilidade do certame.

Nas palavras de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2015, texto digital):

A inexigibilidade de licitação possui duas características principais: a) rol legal exemplificativo; e b) vinculação do administrador, pois, constatada no caso concreto a impossibilidade de competição, a licitação deve ser afastada, justificadamente, sob pena de se estabelecer procedimento administrativo, que demanda tempo e dinheiro (princípios da eficiência e da economicidade), para se fazerem escolhas subjetivas ao final.

Tais hipóteses desobrigam o administrador a realizar o procedimento, pois não havendo competidores, conseqüentemente, não haverá competição. Oliveira ainda menciona que não se trata de exceção à regra da licitação, mas sim, uma hipótese em que a regra sequer deve ser aplicada.

3.3 Modalidades licitatórias

Conforme foi visto, a licitação é um dever constitucional atribuído ao Estado, assim, como os agentes públicos atuam na defesa de interesses da coletividade, as compras e contratações de serviços dependem de um procedimento de seleção da melhor proposta, ou seja, a licitação.

Por isso o legislador cuidou para que houvesse a criação de vários procedimentos licitatórios, as chamadas modalidades licitatórias, ou seja, ritos previstos em lei para o desenvolvimento da sequência de atos a fim de se definir a proposta mais vantajosa para a administração, conferindo para tanto a ampla competitividade.

A Lei Geral de Licitações - 8.666/93 - prevê a existência de 05 (cinco) modalidades de licitação, vejamos: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Existe uma sexta modalidade chamada pregão, a qual não tem previsão na Lei 8.666, mas está prevista em legislação própria, a Lei 10.520/2002.

Conforme bem explica o doutrinador Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2015, texto digital):

[...] as três modalidades inicialmente previstas na Lei de Licitações (concorrência, tomada de preços e convite) são exigidas, em regra, de acordo com o vulto econômico estimado para o futuro contrato. Quanto maior o valor do contrato a ser celebrado, maiores serão as formalidades exigidas para essas modalidades de licitação. A concorrência é a modalidade mais formal; a tomada de preços possui formalidade moderada; e o convite é a modalidade menos formal. O art. 23, § 4.º, da

Lei de Licitações admite a utilização de modalidade mais formal no lugar de modalidade menos formal, mas o inverso é vedado [...].

Considerando o acima aludido, e levando em consideração as palavras de Alessandro Dantas (2015, p. 15), “esses procedimentos variam, ora de acordo com o objeto que vai ser licitado, ora de acordo com o valor estimado do objeto licitado”.

Há que se mencionar, no entanto, que além das modalidades previstas, existem também *tipos* de licitação, os quais estão dispostos no artigo 45, §1º da Lei Geral de Licitações, e não devem ser confundidos com as modalidades. *Tipos* são critérios de julgamento na escolha das propostas, enquanto que as *modalidades*, como visto, são diferentes ritos utilizados pelo administrador a fim de realizar a licitação.

Podemos dividir os tipos de licitação em: menor preço; melhor técnica e técnica e preço. O primeiro (menor preço) aponta como critério de seleção da proposta mais vantajosa o oferecimento do menor preço pelos participantes do certame. De acordo com o que dispõe o Tribunal de Contas da União, “Menor preço não é justificativa para compra de produtos de baixa qualidade. Deve a Administração, em busca do melhor preço, verificar se as propostas estão de acordo com as especificações do ato convocatório, amostras ou protótipos exigidos” (BRASIL, 2010, p. 109), assim, além de oferecer o menor preço, o licitante vencedor deverá observar os requisitos exigidos pelo instrumento convocatório.

O segundo tipo de licitação (melhor técnica), atribuirá a qualidade de vencedor ao participante que apresentar a melhor técnica para elaboração ou fornecimento do objeto licitado. Referido tipo de licitação é utilizado exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, conforme estabelece o artigo 46 da Lei 8.666 de 1993.

Já o terceiro tipo de licitação está condicionado à técnica e preço, sendo assim uma mescla do primeiro e do segundo tipo licitatório. Na valoração da nota será considerada a maior pontuação conferida aos licitantes, consoante dispõe julgados do referido Tribunal de Contas, vejamos: “Classificação final dos licitantes dar-se-á de acordo com a média ponderada das valorações dos fatores técnicos e do preço, em conformidade com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório” (BRASIL 2010, p. 116).

Passaremos a analisar nos tópicos seguintes e de forma mais detalhada, cada uma das modalidades licitatórias.

3.3.1 Concorrência

Concorrência pública é modalidade de licitação obrigatória para contratação de objetos de grande vulto econômico. Grande vulto econômico é uma expressão utilizada pela Lei 8.666 ao se referir a objetos de grande valor. O artigo 22, §1 da Lei Geral de Licitações, conceitua a modalidade concorrência da seguinte forma:

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

Tudo que, em termos de obras e serviços de engenharia, superar R\$1.500.000,00 tem de ser contratado por meio de concorrência, e em se tratando de compras e serviços distintos, a concorrência será obrigatória sempre que tal objeto ultrapassar R\$650.000,00, de acordo com o previsto no artigo 23, I e II, da referida Lei.

Porém, não é somente o valor que define a utilização dessa modalidade de licitação. A concorrência, além das hipóteses mencionadas, também é obrigatória nos seguintes casos: compra de bens imóveis, alienação de bens imóveis para as quais não tenha sido adotada a modalidade leilão, concessão de direito real de uso, serviço ou obra pública, e licitações internacionais.

Por se tratar de objeto de grande vulto, a publicidade da licitação deve ser ampla, sendo que os avisos contendo os resumos da concorrência devem ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez no diário oficial e em jornal de grande circulação.

3.3.2 Tomada de preços

Conforme se verifica no artigo 22, § 2º da Lei 8.666, conceitua-se a modalidade tomada de preço da seguinte forma:

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

Complementando o conceito, o art. 23 prevê a referida modalidade para contratações na qual o objeto, em se tratando de obras e serviços de engenharia, seja de até R\$1.500.000,00, e para compras e serviços diversos, o objeto seja de até R\$650.000,00.

A modalidade tomada de preços, diferentemente da concorrência, abrange objeto de menor valor, restringindo-se aos interessados que estiverem previamente inscritos no cadastro de fornecedores do ente que realiza o certame, ou que atendam aos requisitos fixados no edital até o 3º (terceiro) dia anterior à data do recebimento das propostas.

De acordo com Figueiredo (2002, p. 28): “é a modalidade entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o 3º (terceiro) dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”.

Para Niebuhr (2000, p. 119) a tomada de preço se diferencia da concorrência pois nela tem-se a “existência de um cadastro anterior, que substitui a fase específica da habilitação, conferindo mais agilidade ao certame”.

Essa ótica deixa claro que inexistindo uma fase de habilitação – ao menos propriamente dita – faz com que a administração pública confira maior agilidade ao procedimento, passando diretamente ao julgamento das propostas.

3.3.3 Convite

O convite, objeto do nosso estudo, é modalidade de licitação para compras de menor vulto, compreendidas até o valor de R\$80.000,00 (oitenta mil reais), e em se tratando de obras e serviços de engenharia até o valor de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Pode-se observar que o menor vulto não é um valor tão irrisório, ou seja, em municípios de pequeno porte a quantia referida corresponde a uma porcentagem muito elevada da receita.

Figueiredo (2002, p. 28) define a modalidade convite:

É a modalidade entre interessados do ramo pertinente ao objeto da licitação, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela Unidade Administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Pois bem, o convite é um procedimento que não exige grande publicidade, sendo obrigatória somente a afixação do edital em local apropriado. Sabemos que a publicidade tem o condão de tornar o ato convocatório um procedimento comum, de conhecimento de todos os interessados, permitindo uma ampla participação.

Nada obstante, a carta-convite, que é o instrumento pelo qual a administração pública convida os interessados a participar do certame, é emitida para determinados fornecedores (mínimo 03) escolhidos de forma discricionária pelo administrador, sendo que a escolha deverá estar calcada, sempre, no interesse público.

Entretanto, permite-se a participação daqueles que não tenham sido formalmente convidados, desde que cadastrados no órgão realizador do certame e houverem solicitado o convite com antecedência de 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas, é o que prevê a Lei Geral de Licitações.

No que tange ao instrumento convocatório, Hely Lopes Meirelles (1993, p. 265) faz considerações de grande importância, vejamos:

A carta-convite é o instrumento convocatório dos interessados na modalidade de licitação denominada convite. É uma forma simplificada de edital que, por lei, dispensa a publicidade deste, pois, é enviado diretamente aos possíveis proponentes, escolhidos pela própria repartição interessada. À carta-convite aplicam-se, no que for cabível, as regras do edital, dentro da singeleza que caracteriza o procedimento do convite. O essencial é que identifique o objeto da licitação, expresse com clareza as condições estabelecidas pela Administração, fixe o critério de julgamento e indique os recursos cabíveis.

Nada obsta que o administrador público, na hipótese de contratação por meio do convite, proceda na realização de outra modalidade licitatória, sendo plenamente possível tal situação de acordo com as considerações feitas pelo Tribunal de Contas da União que assim dispõe, “Quando o valor estimado da contratação indicar a realização de convite, a Administração poderá utilizar tomada de preços e, em qualquer caso, concorrência ou pregão”.

Entretanto, “mesclar” as diversas modalidades de licitação é expressamente vedado pelo referido Tribunal que assim entende: “É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação delas entre si” (BRASIL, 2010, p. 101). Assim, fica o administrador da esfera municipal condicionado às normas dispostas pela legislação geral.

O procedimento do convite será estudado de forma minuciosa em capítulo específico.

3.3.4 Concurso

O *concurso*, modalidade de licitação, não deve ser confundido com o *concurso* para provimento de cargo público, apesar de ser um erro muito comum. É, por assim dizer, a mesma palavra utilizada em um contexto similar.

O concurso que se refere a Lei 8.666/93 é utilizado quando da escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme se depreende do artigo 22, § 3º da referida norma.

Para Fazzio Júnior (2003, p. 74), concurso é:

[...] modalidade de Licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 dias.

Para que se proceda na escolha do melhor trabalho, será designada uma comissão especial, a qual não necessariamente será composta por membros do poder público.

3.3.5 Leilão

Leilão é modalidade de licitação, a qual é utilizada para a venda de bens móveis inservíveis ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados ou para a alienação de bens imóveis, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação, conforme se depreende do artigo 22, § 5º da Lei 8.666/93.

No que tange à alienação de bens penhorados eis que surgem comentários doutrinários pertinentes a uma possível ilegalidade nessa prática. Vejamos as considerações feitas por Justen Filho (2000, p. 208):

A Lei nº 8.666/93 cometeu um erro evidente, ao introduzir a referência à venda de produtos penhorados. O bem penhorado é aquele apreendido em processo de execução, por ato do Estado-Jurisdição, para garantia da satisfação do direito do credor munido de título executivo. A Administração não pode alienar bens ‘penhorados’, atividade privativa do Poder Judiciário, que se desenvolve mediante regras próprias. Possivelmente, a Lei pretendia indicar os bens ‘empenhados’ (ou seja, objeto de contrato de penhor). Algumas entidades financeiras da Administração indireta realizam contratos de mútuo, garantidos por penhor. Vencido o contrato e não liquidada a dívida, promove-se o leilão do bem empenhado, o qual seguirá as regras básicas da Lei nº 8.666/93.

Compete enaltecer as palavras de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (1999, p. 104), as quais vão ao encontro do posicionamento de Justen Filho:

Em Direito Processual, um bem penhorado não pode ser alienado e, como corolário dessa assertiva, estaria a lei incorrendo em erro ao permitir que a Administração alienasse bens penhorados pela Justiça. Isso porque, quando o Poder Judiciário determina a penhora de um bem, seja em processo cautelar, seja em processo de execução, estará apenas reservando bens que, posteriormente, serão vendidos em hasta pública, e o produto arrecadado entregue ao credor, conforme for decidido pelo juiz. A simples determinação para que um bem seja penhorado não transfere a propriedade e, sem ser proprietária, a Administração não pode alienar ou vender bem que não lhe pertence.

Deste modo, teria o legislador incorrido em pequeno equívoco quando da concessão dessa prerrogativa à administração pública, introduzindo na redação do § 5º do artigo 22 da Lei nº 8.666/93, o termo *penhorado*.

3.3.6 Pregão

O pregão é modalidade licitatória que surgiu após a Lei Geral das Licitações (8.666). Em 2002 com o advento da Lei 10.520 surgiu o pregão.

Conforme se extrai do artigo 1º do referido dispositivo, essa modalidade de licitação poderá ser utilizada quando da contratação de bens e serviços comuns e independe do valor estimado de contratação.

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Edmir Netto de Araújo (2009, p. 578), a respeito da referida modalidade de licitação, “Etimologicamente, pregão é a proclamação pública, ato pelo qual os porteiros dos auditórios, os corretores de bolsas ou os leiloeiros apregoam a coisa que vai ser vendida e os lances já oferecidos”.

Ainda nas palavras de Di Pietro (2004, p. 329): “[...] a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública”.

A sexta modalidade licitatória, o pregão, possui algumas características que o classificam, por exemplo, a possibilidade de o licitante reduzir o valor da proposta durante a sessão.

Segundo Jair Eduardo Santana (2009, p. 35): “Enquanto sexta modalidade de licitação, o pregão apresenta algumas características tipificadoras que modificam sensivelmente a noção procedimental das licitações, nela influenciando diretamente”.

O pregão diferencia-se das demais modalidades de licitação em vários pontos, por exemplo: diminuição do prazo de publicidade do instrumento convocatório, inversão das fases entre habilitação e julgamento de propostas, fase de lances verbais no julgamento de propostas, unificação de fase recursal, inversão das fases entre homologação e adjudicação, etc.

As distinções apresentadas, se feitas de forma correta, agilizam de maneira significativa o procedimento licitatório.

O pregão possui duas formas, presencial e eletrônica. As considerações de Joel de Menezes Niebuhr (2008, p. 23) nos ajudam a compreender melhor a sistemática:

Existem dois tipos de pregão: o presencial e o eletrônico. No primeiro, os licitantes podem estar todos presentes fisicamente, numa determinada sessão, em que os procedimentos são realizados. No segundo, no eletrônico, o processamento do pregão dá-se basicamente por meio da utilização da tecnologia da informação, à distância, isto é, sem a presença dos licitantes, que encaminham as suas propostas e participam do certame valendo-se da internet.

Nesse mesmo sentido, pronunciou-se o administrativista Diógenes Gasparini (2009, p. 31):

O pregão, instituído e regulado pela Lei Federal nº 10.520, de 2002, é modalidade de licitação que permite sua utilização por meio de dois procedimentos administrativos, obviamente de natureza licitatória. Não são, pois, duas modalidades de pregão. São apenas duas espécies, onde pregão é o gênero e pregão presencial e pregão eletrônico são as espécies.

Portanto, o pregão é modalidade de licitação que pelo seu procedimento tem-se tornado um aliado da administração pública no que tange à celeridade e transparência.

Em síntese, são estas as modalidades de licitação que possuímos de acordo com a legislação brasileira. Todas elas com enfoque numa gestão eficiente e transparente. Os procedimentos previstos nos itens anteriores devem nortear-se pelas normas reguladoras, bem como pelos princípios que são as diretrizes básicas de uma boa gestão.

Passaremos a análise dos princípios que regem, de forma direta, o procedimento licitatório.

3.4 Princípios licitatórios

O procedimento licitatório, objeto do nosso estudo, consiste em princípio básico da administração pública, ou seja, realizar a devida licitação pública quando da contratação de bens, serviços, obras ou alienações em âmbito público é princípio que a esfera pública deve obediência, excetuando-se os casos de inexigibilidade e dispensa verificados e analisados em item específico.

Essa é a leitura do Tribunal de Contas da União:

[...] licitação é, por definição, o procedimento administrativo mediante o qual os órgãos públicos e entidades selecionam a proposta mais vantajosa para a avença de seu interesse. Surge, assim, um princípio basilar ao direito administrativo, qual seja, o da indispensabilidade da licitação para se adquirir, alienar ou locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o qual tem assento constitucional (art. 37, inciso XX I, da Carta Política) e infraconstitucional (art. 2º da Lei nº 8.666/1993). **Acórdão 1768/2008 Primeira Câmara (Voto do Ministro Relator)** (BRASIL, 2010, p. 25, grifo do autor).

Segundo Hely Lopes Meirelles (1991, p. 23), os princípios que regem a licitação, em qualquer de suas modalidades, podem ser resumidos nos seguintes preceitos: “procedimento formal; publicidade de seus atos; igualdade entre os licitantes; sigilo na apresentação das propostas; vinculação ao edital ou convite; julgamento objetivo; adjudicação compulsória ao vencedor”.

José Cretella Júnior (1995, p. 119) entende que:

A finalidade do procedimento licitatório é bem clara; é o meio mais idôneo para possibilitar contratos mais vantajosos para o Estado, o que se dá conforme os princípios que regem a lei da oferta e da procura; em segundo lugar, pelo fato de colocar a salvo o prestígio administrativo, escolhendo, não o preferido, mas aquele que, objetivamente, fez a melhor proposta.

Diante deste contexto, todos os princípios, tanto os constitucionais quanto os infraconstitucionais, bem como os valores, deverão ser materializados quando da realização do certame, é o entendimento do doutrinador Carvalho Filho (2010, p. 263) que assim dispõe: “[...] a licitação é norteadada por alguns princípios, alguns dos quais expressos em lei, os quais definem os lineamentos em que se deve situar o procedimento”.

Atualmente, os princípios são observados em todo o corpo da legislação licitatória e devem se evidenciar quando da aplicabilidade de tais normas, ou seja, diante de casos concretos.

Interessante mencionar a importância que emergem dos princípios, sendo que eles tomam uma importância cada vez maior na pirâmide de normas e preceitos em âmbito administrativo, constitucional e demais ramos.

3.4.1 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O instrumento convocatório (edital ou carta-convite) faz lei entre as partes, ou seja, o instrumento convocatório é a lei interna do certame, tendo os licitantes e a administração pública agir de acordo com os limites estabelecidos no edital. O referido princípio está insculpido no artigo 3º da Lei 8.666/93, e o artigo 41 da mesma lei repisa tal posicionamento, assim dispondo, “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao

qual se acha estritamente vinculada”. Como se constata, essa amplitude norteia os licitantes e a própria administração, vinculando sua conduta.

Cumpre destacar, de acordo com o escólio doutrinário de Di Pietro (2007, p. 334), que:

Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que se desrespeitou.

Sob outro enfoque, não é demasiado nos referir a possíveis vícios que o instrumento convocatório possa conter, e daí a ideia de que o ato convocatório não é imutável, pelo contrário, havendo algum vício deverá ser retificado o edital ou a carta-convite.

O doutrinador Antônio Cecílio Moreira Pires (2013, p. 39) trata a matéria da seguinte forma, “[...], é possível corrigir o edital por meio de aditamento ou da expedição de um novo, sendo que, nessas duas hipóteses, ocorrerá sua republicação e a reabertura do prazo, desde que a alteração afete a elaboração das propostas”.

3.4.2 Julgamento objetivo

O princípio do julgamento objetivo está disciplinado nos artigos 44 e 45 da Lei 8.666/93, que dizem:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

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

De acordo com o princípio do julgamento objetivo, a administração pública deve se ater aos critérios estabelecidos pelo instrumento convocatório, não podendo considerar os fatores subjetivos, tampouco critérios que não foram exigidos no ato da convocação.

Assim sendo, com relação à escolha realizada pela administração pública, esta não deverá, nem poderá haver discricionariedade desta, com relação às propostas, sendo que, obrigatoriamente, deverá seguir os ditames do edital ou carta-convite, mesmo que outra proposta seja mais vantajosa para a administração.

É o que se depreende da doutrina de Rafael Rezende Oliveira (2015, texto digital):

A adoção de critérios subjetivos para o julgamento das propostas é contrária ao princípio da isonomia. De lado outros critérios previstos em legislação específica, o art. 45 da Lei 8.666/1993, após afirmar que “o julgamento das propostas será objetivo”, apresenta os seguintes critérios de julgamento: (i) menor preço; (ii) melhor técnica; (iii) técnica e preço; e (iv) maior lance ou oferta.

Carvalho Filho (2010, p. 267), se refere ao princípio como um conjunto de “critérios e fatores seletivos previstos no edital devem ser adotados inafastavelmente para o julgamento, evitando-se assim, qualquer surpresa para os participantes da competição”.

O objetivo do princípio em comento é simplesmente “amarrar” o administrador aos limites fixados no instrumento convocatório, ou seja, sua função é basicamente impedir decisões baseadas no subjetivismo, o que poderia sugerir a prática tendenciosa e ímproba por parte do administrador.

3.4.3 Princípio da impessoalidade

Já tratado em tópico anterior, o princípio da impessoalidade é extremamente importante no âmbito das licitações públicas. A escolha da proposta mais vantajosa para a administração deve estar livre de qualquer resquício de favoritismo ou discriminações.

Conforme considerações feitas por Alexandre Mazza (2015, p. 111):

O princípio da impessoalidade estabelece um dever de imparcialidade na defesa do interesse público, impedindo discriminações (perseguições) e privilégios (favoritismo) indevidamente dispensados a particulares no exercício da função administrativa.

Em termos gerais percebe-se que o princípio da impessoalidade possui uma forte relação tanto com o princípio da igualdade, quanto com o princípio do julgamento objetivo, pois, como visto, o objetivo da realização de um procedimento licitatório é a persecução da

proposta mais vantajosa para a administração pública, assim, este princípio implica no dever do administrador vincular-se aos critérios objetivos oferecidos pelo edital ou carta-convite.

É o que se depreende da doutrina de Carvalho Filho (2010, p. 264):

O direito condena condutas dissociadas dos valores jurídicos e morais. Por isso, mesmo quando não há disciplina legal, é vedado ao administrador conduzir-se de modo ofensivo à ética e à moral. A moralidade está associada à legalidade: se uma conduta é imoral, deve ser invalidada.

Em assim sendo, considera-se que a moralidade é tão importante quanto a legalidade, sendo condição para sua eficácia.

3.4.4 Princípio da publicidade

Expressamente mencionado no artigo 37 da Constituição Federal, o princípio da publicidade nos dizeres de Alexandre Mazza (2015, p. 122), “pode ser definido como o dever de divulgação oficial dos atos administrativos [...]”.

Assim, o princípio da publicidade se resume no direito do cidadão em saber qual a finalidade que está sendo dada ao dinheiro público, é ferramenta de transparência e maior acessibilidade da população com relação aos atos e gastos públicos.

Nesse sentido, as considerações feitas pelo Tribunal de contas da União, vejamos:

Em obediência aos princípios da transparência e da publicidade, permite-se a interessados o conhecimento das condições licitatórias, em qualquer momento do processo licitatório, por ser público, de modo a evitar a prática de irregularidades nos respectivos procedimentos e de contratações sigilosas, danosas ao Erário (BRASIL, 2010, p. 20).

Acompanhando nossa aprendizagem, explica a doutrinadora Licínia Rossi (2016, texto digital) que “O administrador exerce função pública, *múnus* publico, e, portanto, age em nome do povo. Por essa razão, os administrados tem que ter ciência do que está acontecendo na máquina administrativa”.

Com relação ao procedimento licitatório, o princípio da publicidade deve estar presente em todas as fases do certame, exceto é claro, quanto ao conteúdo das propostas,

sendo que até mesmo essas informações sigilosas, em algum momento, serão vistas pelo público. O Tribunal de Contas da União disserta neste sentido: “Licitação não será sigilosa, exceto quanto ao conteúdo das propostas até serem conhecidas. São públicos e acessíveis aos cidadãos os atos do respectivo processo” (BRASIL, 2010, p. 19).

A Lei 8.666/93 em vários pontos destaca a importância da publicidade no decorrer do procedimento, vejamos:

Art. 3º [...]

§ 3º A 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.

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

O artigo 61 também exige a publicação dos contratos e aditamentos. Ainda o artigo 39 estabelece que, para contratos que envolvam volumosas quantias, o procedimento iniciará por audiência pública.

A iniciativa de transparência e governança aberta é medida que se faz indispensável no fortalecimento da democracia e melhoria na gestão pública. Em que pese o acesso de qualquer cidadão ao procedimento licitatório, bem como a oportunidade de impugnar os atos que se encontram em desconformidade com as normas e princípios vigentes, a publicidade que tratamos ainda é precária no que tange ao amplo controle social.

3.4.5 Princípio da adjudicação compulsória

O princípio da adjudicação compulsória veda que a administração pública adjudique o objeto da licitação para sujeito diverso do vencedor, também veda a abertura de novo procedimento licitatório enquanto não houver a adjudicação válida para o idêntico objeto. Porém, não é obrigada, a administração, a contratar desde logo com o licitante vencedor, mas é resguardado o direito do mesmo quanto à contratação do objeto em questão.

O artigo 64, §2º aplica o princípio de modo que haverá o chamamento, em ordem cronológica, dos demais licitantes caso o vencedor desista da contratação.

Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.

§ 2º É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.

Assim e à luz dos princípios norteadores do procedimento licitatório, o ideal é que todas as fases inerentes ao certame estejam amparadas por esses ditames, a fim de preservar o interesse público e não impor restrição alguma à competitividade.

3.4.6 Princípio da competição

Para que a administração pública consiga alcançar sua finalidade com relação à licitação pública, qual seja, escolher a proposta mais vantajosa para uma futura contratação, é necessário que seja dada publicidade ao certame, conferindo assim ampla competitividade.

Segundo Carvalho Filho (2010, p. 267-268), pelo referido princípio “a administração não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação”.

O Tribunal de Contas da União indica alguns requisitos que o administrador deve observar para aplicação do referido princípio, vejamos:

Nos certames de licitação, esse princípio conduz o gestor a buscar sempre o maior número de competidores interessados no objeto licitado. Nesse sentido, a Lei de Licitações veda estabelecer, nos atos convocatórios, exigências que possam de alguma forma, admitir, prever ou tolerar, condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação (BRASIL, 2010, p. 29).

Ainda quanto ao referido princípio, o Tribunal de Contas da União analisa a maneira como devem ser aplicadas as normas, sendo que o procedimento licitatório deve ser interpretado de forma a proporcionar o maior envolvimento de participantes possíveis, desde

que não comprometam o interesse público e não causem embaraços aos princípios da isonomia, da finalidade e da segurança na contratação.

Ainda, nesta esteira, o controle externo decidiu em sede de Acórdão 539/2007, que “É inconstitucional e ilegal o estabelecimento de exigências que restrinjam o caráter competitivo dos certames”.

Assim sendo, é primordial que o instrumento convocatório seja redigido de forma a proporcionar amplo acesso aos interessados em contratar com o poder público.

3.4.7 Princípio da celeridade

O princípio da celeridade é semelhante ao princípio da razoável duração do processo, o qual vem disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal. É diretriz central no procedimento do pregão, modalidade licitatória trazida pela Lei 10.520/2002. Em razão da simplificação do referido procedimento, houve certa facilidade no desenvolvimento dos atos, sem deixar de garantir a publicidade, igualdade e eficiência. Vejamos o que o Tribunal de Contas da União considera a respeito:

O princípio da celeridade, consagrado como uma das diretrizes a ser observada em licitações na modalidade pregão, busca simplificar procedimentos de rigorismos excessivos e de formalidades desnecessárias. As decisões, sempre que possível, devem ser tomadas no momento da sessão (BRASIL, 2010, p. 29).

Referido princípio é garantia do cidadão, assim como um dever/obrigação do Estado (administração pública), e se relaciona de forma direta com o princípio da eficiência, ou seja, a celeridade é característica de um procedimento licitatório eficiente, ético, constitucional e necessário.

A partir do próximo capítulo, iremos estudar com maior afinco a questão do procedimento licitatório convite, bem como a relação deste com os princípios licitatórios. Verificaremos se, de alguma forma, o procedimento em questão é frágil e precário com relação aos demais, e quais os pontos em que se demonstra tal vício.

4 MODALIDADE LICITATÓRIA CONVITE E SUA FRAGILIDADE

Visto, detalhadamente, como funciona o âmbito público, seu conceito, finalidades e objetivos, os princípios regentes deste instituto, a importância deles estarem intrínsecos nos atos e contratos oriundos da esfera pública.

Posteriormente, foi feita uma breve análise do procedimento licitatório em todas as suas modalidades e diferenciando-as dos tipos de licitação. Obtivemos uma melhor compreensão de licitação e conseguimos assim, mensurar a importância do trabalho realizado pelos agentes públicos, os quais deverão, obrigatoriamente, realizar suas atividades almejando o interesse coletivo e impulsionados pelos princípios constitucionais e infraconstitucionais, os quais possuem grande importância no plano administrativo.

Neste capítulo estudar-se-á com mais aprofundamento a modalidade convite, objeto específico do presente trabalho, sendo realizado um comparativo entre a referida modalidade e os princípios que regem o procedimento licitatório de modo geral.

4.1 Modalidade licitatória *convite*

A Lei 8.666/93, a Lei Geral das Licitações e contratos administrativos, dispõe acerca de 05 (cinco) modalidades de licitação, dentre as 06 (seis) existentes.

O convite é uma das modalidades licitatórias trazidas pela Lei 8.666/93, figurando como a mais singela delas, possui em sua essência celeridade e economicidade, objetivos almejados pela esfera pública.

Nas palavras de Figueiredo (2002, p. 28) o convite é caracterizado da seguinte forma:

É a modalidade entre interessados do ramo pertinente ao objeto da licitação, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3(três) pela Unidade Administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Carvalho Filho (2010) considera essa modalidade licitatória como aquela que dispõe do menor formalismo, justificando o conceito pelo fato de se destinar a contratações de menor vulto. Ainda para o doutrinador esse procedimento licitatório é passível de irregularidades. Vejamos:

O *modus procedendi* do convite, sem a menor dúvida, rende maior ensejo a atos de improbidade de alguns maus administradores. Por isso, alguns órgãos têm exercido maior controle sobre essa modalidade, quando não a substituem pela tomada de preços, na qual a publicidade é mais ampla e menor dirigida. A pesar de tudo, permite maior mobilidade e celeridade na seleção (CARVALHO FILHO, 2010, p. 299, grifo do autor).

Como disposto anteriormente, e como bem diz o doutrinador acima, apesar de a referida modalidade licitatória conferir certa celeridade e economicidade à esfera pública, ela é alvo de muitas irregularidades e fraudes.

A referida modalidade licitatória deve ser analisada de forma minuciosa, a fim de verificar se este procedimento alcança ou não, o objetivo pretendido pela máquina pública.

É neste procedimento licitatório que deverão ser observados, de forma rigorosa, os princípios e normas norteadores do direito, pois o legislador, inconscientemente, parece deixar brechas profundas. Por óbvio, não existe nenhuma modalidade licitatória que está livre de um possível esquema fraudulento, entretanto, o convite é campeão neste quesito, talvez seja este o motivo de o procedimento abarcar um vulto econômico menor.

Analisaremos nos tópicos seguintes quais os princípios que causam certa ambiguidade com relação ao procedimento da carta-convite, especificando-se cada um.

4.2 Convite e a impessoalidade

É fato que quando da realização de um procedimento licitatório na modalidade convite a administração pública “busca”, por meio da carta-convite, os participantes do certame. Sob outro enfoque, a administração *discrecionariamente* escolhe os participantes da licitação.

Com efeito, não é difícil constatar que nesta fase o procedimento é frágil e o motivo é claro: a pessoalidade.

O princípio da impessoalidade busca garantir a igualdade, vedando qualquer tipo de discriminação ou favoritismo, ou seja, deverá estar isento de conveniências particulares, porém, a fase de escolha dos participantes do convite, nada mais é, que um procedimento que preserva, sobretudo, a pessoalidade.

Salta aos olhos, portanto, que o critério subjetivo é intrínseco quando da escolha dos licitantes, e as palavras de Di Pietro (2004, p. 171) contribuem com esse entendimento:

[...] a administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, portanto a Administração, ao escolher discricionariamente os candidatos aos quais enviará o convite do certame licitatório, estaria ferindo tal princípio pois nada impediria que tais propostas sejam direcionadas à determinadas empresas de interesse pessoal dos administrados, obtendo com isto certa vantagem sobre possíveis concorrentes, apesar de se exigir que o convite estenda-se em forma de edital a outros interessados, porém estes teriam que estar em vigília diária perante os locais de fixação, enquanto que aos outros seria dado o privilégio de permanecerem tranquilos até o recebimento do certame, perfeitamente acomodados em seus respectivos endereços.

Neste mesmo diapasão, Odete Medauar (apud MARTINS JÚNIOR), considera o envolvimento dos princípios:

[...] os princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade apresentam-se intrincados de maneira profunda, havendo, mesmo, instrumentalização recíproca: assim, a impessoalidade configura-se meio para atuações dentro da moralidade; a publicidade, por sua vez, dificulta medidas contrárias à moralidade e impessoalidade; a moralidade administrativa, de seu lado, implica observância da impessoalidade e da publicidade (BRASIL, 2010, p. 79).

Essa coerência de raciocínio parece não estar em concordância com o procedimento desenvolvido quando da elaboração de uma carta-convite e no desenrolar de suas fases, em razão da discricionariedade atribuída ao servidor público na escolha dos participantes do certame.

4.3 Convite e a isonomia

O princípio da isonomia é decorrente do princípio da igualdade constitucional, e é de grande relevância no que tange à licitação pública. Di Pietro (2002, p. 302) se posiciona com relação ao princípio e sua importância no procedimento:

O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais.

Deveras o administrador público escolher no mínimo 03 (três) participantes para o certame, e o critério utilizado para proceder nessa escolha não será questionado, sendo assim, tal escolha *poderá* estar calcada em critérios subjetivos como, por exemplo, amizade, troca de favores, promessas políticas, etc.

Conforme esse entendimento, haverá margem de discricionariedade quanto à escolha dos participantes do certame.

Segundo Niebuhr (2000, p. 120) “se três potenciais interessados recebem em seus estabelecimentos um convite para participarem da licitação e outros tantos, talvez inúmeros, não são sequer avisados, é mais do que palmar o tratamento diferenciado”.

4.4 Convite e a publicidade

De acordo com Martins Júnior (2004, p. 37), publicidade significa:

[...] tornar público, é ato de comunicação, veiculando algo que, por exigência jurídica, não pode ficar na esfera da intimidade ou da reserva, para satisfação da pluralidade de seus fins. Ser público é a mais elementar regra da Administração Pública no Estado Democrático de Direito, na medida que os poderes e as funções do aparelho estatal são utilizados para gestão do interesse público, coisa alheia que a todos pertence.

Basicamente, a publicidade pretende garantir aos interessados o conhecimento sobre a abertura do certame licitatório, bem como proporcionar transparência aos atos

administrativos, para acompanhar de fato aonde vai ser aplicado o dinheiro público. Segundo Meirelles (2010, p. 32-34) “não há, e nem pode haver, licitação sigilosa. Se seu objeto exigir sigilo em prol da segurança nacional, será contratado com dispensa de licitação. Nunca, porém, haverá licitação secreta, porque é da sua natureza a divulgação de todos os seus atos [...]”.

Argumentando a esse respeito, Niebuhr (2000, p. 104) assevera que “a publicidade é essencial ao Estado de Direito, à democracia, à cidadania e à legitimidade”. O autor explica que todo cidadão deve ser informado e incentivado a fiscalizar e se inteirar de todos os procedimentos realizados em âmbito público, e para isso a publicidade é ferramenta indispensável.

O procedimento do convite, no entanto, somente exige como ato de publicação, a mera afixação do instrumento convocatório em local apropriado, conforme se depreende do artigo 22, §3º da Lei 8.666/93:

Art. 22. [...]

§3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Observe-se que o simples fato de afixar a carta-convite em local que o administrador considere apropriado, já garante a publicidade exigida pela lei para a realização do procedimento.

Importa dizer, neste diapasão, que a garantia do procedimento licitatório não depende de prévia publicação de seu instrumento no Diário Oficial ou então em jornal, seja ele local ou de grande circulação.

Em sentido distinto a esse respeito, a Lei nº 12.527/2011, que tem como fundamento o acesso à informação, garante a divulgação de todos os atos e informações da administração pública independentemente de solicitação.

A mencionada Lei 12.527/11 dispõe no art. 3º, *in verbis*, que:

Art. 3º. Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

- I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações.

Ainda, no art. 7º, do mesmo diploma legal, *in verbis*, consta o direito de obter informação.

Art. 7º. O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: [...]

VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos (BRASIL, 2011).

Assim, o disposto na Lei 8.666/93 colide com o disposto na Lei nº 12.527/2011, que tem como regra a divulgação de todos os atos concernentes ao certame.

Joel de Menezes Niebuhr (2008, p. 129-130) considera o procedimento bastante precário, considerando as obrigações principiológicas a que se vê subordinado:

[...] esse procedimento é bastante problemático, porque, em primeiro lugar, como a lei não exige a publicação de resumo da carta-convite em jornal impresso, apenas a expedição dela aos convidados e a fixação no quadro de avisos do órgão licitante, não há a mais tênue garantia de publicidade. Se o agente administrativo responsável pela carta-convite não o fixar no quadro de avisos, será fortemente improvável que alguém terá condições de saber da existência dele [...].

Apesar de não ser obrigatório, nada impede que o administrador público realize a publicação para dar ampla publicidade ao feito, porém, quando revestida de má fé, a probabilidade de a administração pública não o fazer é gigantesca.

4.5 Convite e a moralidade

Segundo lições de Edmir Netto de Araújo (2010, p. 551), a moralidade não se trata especificamente de um princípio, mas sim da ética e moral do agente perante as instituições públicas, sendo que as atitudes dos servidores frente à administração deverão se pautar na honestidade de propósitos, como também na impessoalidade e eficiência.

A Lei Geral das Licitações possui na Seção I do Capítulo I, um rol de princípios, os quais, de certo modo, tratam de resguardar a certeza que o administrado depositou na

administração pública quanto à boa-fé e moralidade, almejando um procedimento licitatório realizado dentro de um padrão de qualidade eficiente e ético.

Na escolha da proposta mais vantajosa para a administração pública, é fato que para alguém adquirir o direito de contratar, é preciso que haja decisão, exteriorização da vontade concreta da Administração Pública, segundo bem explica Ângelo Benini Fantin (2015).

O procedimento licitatório deve ser “alimentado” pela moralidade e probidade do servidor que o conduz, e a sociedade pode e deve ser vigilante quanto a possíveis condutas imorais praticadas no âmbito das licitações. Araújo (2010), nos oferece um norte quando o assunto é meios hábeis para proteção desse dever-direito, destacando desde a ação popular, ação civil pública, até a própria CLT, regramentos que reprimem esse tipo de conduta.

O convite, especificamente, como aparentemente não possui certa formalidade no que tange à publicidade, impessoalidade e isonomia, como bem visto, faz com que o agente público, muitas vezes, invista em uma conduta improba pela facilidade que lhe é ofertada.

Porém, não generalizando, existem muitos servidores públicos que fazem jus ao cargo e desempenham de forma eficiente suas atribuições perante a administração pública. Mas devemos deixar claro que a facilidade que o procedimento em questão oferece é um verdadeiro “convite” para práticas fraudulentas.

5 CONCLUSÃO

Ao concluir o presente trabalho, observo a necessidade fundamental de reforçar que: uma instituição, principalmente se pública, deve ter como norte uma gama de normas e princípios instituídos a fim de fortalecer a capacidade de gestão, reconhecendo obviamente as peculiaridades de cada segmento a ser administrado, haja vista a utilização da receita pública no gerenciamento e manejo do interesse social, em razão disso a extensa e obrigatória prestação de contas a que a máquina pública se subordina.

A Lei 8.666/93, como bem visto, surgiu com o intuito de regulamentar a Carta Constitucional no que se refere ao procedimento de contratação de bens, obras e serviços públicos, tanto na fase de licitação como na fase da formalização contratual, a fim de aclarar o modo de condução dos processos e procedimentos públicos mencionados.

Todavia, no decorrer desta construção política nomeada gestão pública, a referida norma tornou-se precária necessitando ser complementada, haja vista a avalanche de ilicitudes, improbidades e atos espúrios a que se tornou sujeita. As condutas pluralizadas e de má-fé, tanto por parte do gestor público, como por parte dos licitantes, fez extrema a necessidade de se aprimorar o conjunto legal subordinante na iminente tentativa de frear tal displicência. Trata-se, portanto, de um aprimoramento constante.

Ao destacar o objeto do presente trabalho de conclusão, é certo considerar a licitação como um procedimento de seleção articulado no âmbito público, o qual deve buscar de forma impessoal, isonômica e eficiente, consagrar a proposta que encaixa a demanda mais vantajosa à instituição, derivando a esta, a possível contratação. A ideia é de que dentro desta

perspectiva o sucesso é a consequência da operacionalização metodológica do procedimento, desde a elaboração do edital ou carta-convite, até a formalização do instrumento contratual.

É notório que a cada contexto que se apresenta dispõe-se de uma modalidade distinta de procedimento licitatório. A situação em que cada um se aplica dependerá do objeto em questão e das normas relacionadas a cada um deles. Assim, há de se mencionar os fundamentos da escolha a ser feita, sendo que esta tarefa cabe ao gestor.

Referindo-se aos princípios que regem as modalidades licitatórias e abarcando-os de um modo geral, o convite (modalidade em discussão) possui uma diferença marcante e vulnerável aos olhos do observador, sendo ele um processo singular, porém, frágil e suscetível de ser direcionado politicamente ou então condicionado a beneficiar algo ou alguém, em vista de que o gestor detém o poder de selecionar quem serão os envolvidos no certame.

A referida modalidade licitatória não se submete totalmente aos princípios básicos e estruturais a que se sujeitam as demais modalidades, abrindo assim, precedente de julgamento com relação a ela. Certas peculiaridades como, por exemplo, o fato de não haver obrigatoriedade de ampla publicação, bem como a permissividade da livre nomeação dos participantes, conferindo maior discricionariedade ao administrador, são alguns dos inúmeros pontos cotados como “vantajosos”, comprovando a precariedade do procedimento.

Com base no referido, percebe-se que a modalidade licitatória convite externa uma clara fragilidade que a destaca das demais, justificada talvez pelo contexto informativo, o qual expõe uma aparente facilidade permissiva e, diga-se de passagem, “legal” à vista do poder judiciário.

É correto afirmar que a lei regradora do procedimento convite restringe sua amplitude e abrangência e acaba por delimitar seu objetivo, uma verdadeira afronta ao interesse da administração pública, sendo que em alguns casos fissuras e indefinições serão intrínsecas de um processo de contratação quando da utilização desta modalidade, e por consequência da margem de discricionariedade que é ofertada ao administrador, esta cria óbice para apurar possíveis práticas desleais e punir aqueles a quem a regra busca responsabilizar.

Quer-se, com todo o exposto, afirmar que o convite é procedimento com alto grau de vulnerabilidade de atribuições e acaba por deixar a desejar no que tange à boa prática pública, tampouco delimita campos obrigacionais e de responsabilidade no que se refere ao gestor.

Incapaz de aprimorar de forma conclusiva o direito relativo à questão, merecendo de fato dilação devido à relevância do assunto.

Diante do exposto, opina-se pela fragilidade da modalidade licitatória convite, atentando-se principalmente para os princípios da impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência, indispensáveis e inafastáveis para o bom desenvolvimento de qualquer procedimento realizado em âmbito público. Considerando que o objetivo do legislador é garantir probidade e eficiência ao certame, é possível verificar que as demais modalidades licitatórias cumprem a finalidade pretendida, sendo oportuna a sua utilização quando da contratação pela administração pública.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de janeiro de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. **Lei de Responsabilidade Fiscal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

BRASIL. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula 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; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Lei 6.383, de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o Processo Discriminatório de Terras Devolutas da União, e dá outras Providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6383.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. **Lei de Improbidade Administrativa**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 25 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula 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; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2378/2006. Processo nº TC-014.016/2006-1. Interessada: Secretaria de Controle Externo no Estado de Rondônia - Secex/RO. Relator: Ministro Valmir Campelo. Data da sessão: 6/12/2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/372155/pg-215-secao-3-diario-oficial-da-uniao-dou-de-13-12-2006>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 539/2007. Processo nº 009.786/2006-3. Interessada: Empresa Hora H Treinamento e Informática Ltda. Relator: Auditor Marcos Bemquerer Costa. Data da sessão: 04/04/2007. Disponível em: <<https://licitabrasil.wordpress.com/2014/09/22/contagem-de-prazo-para-impugnacao/>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHEMIN, Beatris F. Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação. 3. ed. Lajeado: Univates, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Manual de Direito Administrativo**: curso moderno de graduação. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v.1.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DANTAS, Alessandro. A pesquisa de preços nas licitações e a regra da Instrução Normativa 5. **Revista O Pregoeiro**, Curitiba, n. 126, p. 13-18, mai. 2015.

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

_____. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

FANTIN, Odilo Benine. Princípio da proteção a confiança na Administração Pública. **Revista O Pregoeiro**, Curitiba, n. 122, p. 34-36, jan. 2015.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Fundamentos de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**: Modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação. 4. ed. Brasília: Jurídica, 1999.

FIGUEIREDO, José Reinaldo. **Licitações Públicas para principiantes: O bê-a-bá das Licitações Públicas**. Florianópolis: Insular, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FRIEDE, R. **Lições objetivas de direito administrativo** (para concursos públicos e universitários). São Paulo: Saraiva, 1999.

GASPARINI, Diógenes (Coord.). **Pregão presencial e eletrônico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARINELLA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

MARTINS JÚNIOR, Wallace P. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Transparência administrativa: Publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. Saraiva: VitalSource Bookshelf Online, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo**. 10. ed. São Paulo: RT, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008.

_____. **Princípio da isonomia na licitação pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Licitações e contratos administrativos: Teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: VitalSource Bookshelf Online/Método, 2015.

_____. **Princípios do direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: VitalSource Bookshelf Online/Método, 2013.

PIRES, Antonio Cecílio Moreira. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: VitalSource Bookshelf Online, 2013. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522483839/>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

ROSSI, Licínia. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: VitalSource Bookshelf Online, 2016. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547202392/>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico**: Sistema de registro de preços – manual de implantação, operacionalização e controle. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.



UNIVATES

R. Avelino Tallini, 171 | Bairro Universitário | Lajeado | RS | Brasil
CEP 95900.000 | Cx. Postal 155 | Fone: (51) 3714.7000
www.univates.br | 0800 7 07 08 09