



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO
CIENTÍFICO

A SUBSISTÊNCIA DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO CONVITE E SUAS
CONTROVÉRSIAS

Aluna: Isaura Perrucho Nou Silva

Msc. Marília Mendonça Morais Sant'Anna

Aracaju

2015

ISAURA PERRUCHO NOU SILVA
A SUBSISTÊNCIA DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO CONVITE E SUAS
CONTROVÉRSIAS

**Trabalho de Conclusão de Curso –
Artigo – apresentado ao Curso de
Direito da Universidade Tiradentes
– UNIT, como requisito parcial
para obtenção do grau de
bacharel em Direito.**

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

Prof^a. Msc. Marília Mendonça Morais Sant’Anna
Universidade Tiradentes

Prof.
Universidade Tiradentes

Prof.
Universidade Tiradentes

A SUBSISTÊNCIA DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO CONVITE E SUAS CONTROVÉRSIAS

Isaura Perrucho Nou Silva¹

RESUMO

Com Carta Maior de 1988, foi expressamente definido a obrigatoriedade de licitar no âmbito da Administração Pública, em seu art. 37, inciso XXI, tendo sua regulamentação posteriormente com a lei 8.666/93 que instituiu normas para licitações e contratos administrativos. Em 2007 foi aprovado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 7.709 de iniciativa do Poder Executivo, onde este propõe alterações aos dispositivos da lei 8.666/93 e praticamente extingue a utilização da modalidade de licitação Convite. Assim, a presente pesquisa teve como objetivo analisar a modalidade Convite, sua subsistência e controvérsias, fazendo correlação com alguns princípios licitatórios e constitucionais que são relevantes quando discutido o tema. A presente pesquisa é de natureza básica, o método de abordagem é qualitativo e, para alcançar os fins foi explicativa, pois esta objetivou identificar os fatores que implicam determinadas críticas a modalidade convite e o porquê da sua possível extinção do ordenamento jurídico, como também, explanar as fragilidades dessa modalidade de licitação para assim obter melhor desenvoltura à pesquisa e clareza para o entendimento do tema.

Palavras-chave: licitação, modalidade de licitação, convite.

1 INTRODUÇÃO

Sendo Licitação o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse (MEIRELLES, 2011), traz à tona a relevância da pesquisa, pois esta apresenta uma análise desse procedimento à sociedade, sobretudo na modalidade Convite que, apesar de ser simples, tem suas fragilidades e pontos a serem destacados.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. Email: isa.nou@hotmail.com

O objetivo do presente estudo foi analisar as controvérsias da modalidade de licitação convite e sua subsistência, sobretudo fazer uma correlação com alguns princípios constitucionais e licitatórios que são relevantes quando discutido a modalidade de licitação em questão.

O artigo se tornou viável porque há uma grande gama de bibliografia, de autores de grande nome e importância no âmbito do Direito Administrativo, onde trazem em pauta explicações relacionadas ao tema.

A pesquisa é de natureza básica, pois tem o fulcro de gerar conhecimento para o mundo jurídico; o método de abordagem é qualitativo, já que o desenvolvimento não teve como base dados e sim desenvoltura teórica; sendo também explicativa, pois teve como finalidade explicar o porquê dessa modalidade ser tão fragilizada e o porquê da sua possível extinção e, bibliográfica, pois sua elaboração consistiu do estudo de material existente, como livros, artigos publicados, teses, notícias e dissertações.

Para melhor desenvoltura do trabalho, o presente artigo foi subdividido em cinco tópicos mais as referências bibliográficas, são eles: Licitação- conceito e procedimento; A modalidade Convite; Análise dos princípios da isonomia, impessoalidade, publicidade e competitividade face à modalidade convite; O projeto de lei 7.709/2007 e Considerações finais.

2 LICITAÇÃO- CONCEITO E PROCEDIMENTO

A partir da Constituição de 1988, o processo de licitação foi expresso como dever para a Administração Pública, em seu art. 37, inciso XXI, *in verbis*:

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. (BRASIL, Constituição Federal de 1988, 2015).

Esse dispositivo concomitantemente com o art. 22, inciso XXVII, pôs fim a qualquer controvérsia que havia anteriormente a Carta Maior de 1988.

No ordenamento jurídico anterior, a obrigatoriedade de licitar era advinda apenas das entidades da Administração Direta e das autarquias, deixando a mercê

de dúvidas se as demais entidades vinculadas ao Poder Público estariam ou não excluídas da incidência da obrigatoriedade das normas legais de Licitação.

Posteriormente, em 1993, foi promulgada a Lei Federal nº 8.666, que “regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências” (BRASIL, Lei 8.666 de 1993, 2015). No seu art. 1º, parágrafo único, deixa claro que as empresas estatais e as fundações também estão submetidas à incidência de suas normas e, conseqüentemente, à Licitação formal, *in verbis*:

Subordinam-se ao regime desta lei, além dos órgãos da Administração Direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (BRASIL, Constituição Federal de 1988, 2015).

Sabendo quem são os subordinados à lei 8.666/93, é de grande valia prosseguir o raciocínio conceituando o que é Licitação. Segundo a doutrinária Maria Sylvia Di Pietro, a Licitação é:

O procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato. (DI PIETRO, 2013, p. 370).

De outro lado, o ilustre Diógenes Gasparini, a conceitua sendo:

(...) o procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, dentre interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse. (GASPARINI, 2012, p. 533).

Desta forma, pode-se afirmar que, licitação é o procedimento pelo qual a Administração Pública abre a todos aqueles interessados no certame, que se submetam as condições do edital ou carta convite, a apresentarem propostas, dentre as quais selecionará a mais vantajosa para a celebração de futuro contrato com o particular vencedor.

Os objetivos da licitação estão previstos na lei 8.666/93, onde dispõe no art. 3º que tem como finalidade garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e, sobretudo, selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

No artigo 22 da referida Lei, estão descritas cinco modalidades de licitação, são elas: Concorrência, Tomada de preços, Convite, Concurso e Leilão. Porém, existe o Pregão, que também é uma modalidade de licitação, mas foi criado em 2002 pela lei 10.520 e o RDC (Regime Diferenciado de Contratações Públicas), que é uma nova modalidade, instituída pela Lei 12.462 de 2011 para os casos restritos a essa Lei, totalizando assim, sete modalidades atualmente.

Vale ressaltar que o RDC (Regime Diferenciado de Contratações Públicas) diferentemente das outras modalidades, foi criado especificadamente para contratações públicas diretamente relacionadas à Copa das Confederações FIFA 2013, Copa do Mundo FIFA 2014, Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

De início, esse regime diferenciado visava sua aplicação apenas aos megaeventos desportivos citados anteriormente e as obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos distantes até 350 quilômetros das cidades-sede, tudo relacionado a esses grandes eventos no Brasil.

Contudo, a partir de 2012, a Lei 12.462/2011 começou a sofrer algumas modificações, ampliando esse regime diferenciado também para as ações integrantes do PAC (Programa de Aceleração do Crescimento), às obras e serviços de engenharia no âmbito do SUS (Sistema Único de Saúde) e recentemente às obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo e ações no âmbito da segurança pública.

O RDC (Regime Diferenciado de Contratações Públicas) assemelha-se a modalidade de pregão, pois há uma inversão de fases, onde primeiramente é realizada a abertura das propostas para depois ser analisada a habilitação e, preferencialmente essa modalidade é utilizada em meio eletrônico.

Portanto, mesmo tratando-se de licitação, no RDC (Regime Diferenciado de Contratações Públicas) não se aplica subsidiariamente a lei 8.666/93 e não é obrigatório a sua utilização, é opcional pelo ente licitante.

O seu procedimento é diferenciado das outras modalidades de licitação que estão previstas na lei 8.666/93 e que será o foco do presente artigo.

A licitação por ser um procedimento administrativo segue rigorosamente a previsão em lei, tendo, portanto, uma sucessão ordenada de atos formais que almejam o ato final objetivado pela Administração.

De maneira geral, a doutrina descreve duas fases, uma interna e outra externa para explicar o procedimento licitatório e utiliza-se como parâmetro a modalidade Concorrência, pois, a complexidade do procedimento é dada pelo valor dos contratos a serem celebrados e essa modalidade de licitação é utilizada para contratos de maior vulto, sendo assim, possui todas as etapas que serão descritas a seguir.

É de grande importância distinguir as duas fases:

A interna é composta por atos preparatórios do procedimento licitatório, são os atos prévios, iniciando com a autorização para abertura do certame, indicando sucintamente o objeto, os recursos financeiros para atendimento das despesas e o custo estimado para contratação.

Finda essa sequência, envia-se à Comissão da licitação, que de acordo com o art. 40 da Lei 8.666, irá elaborar a minuta do instrumento convocatório e do contrato, encerrando assim a fase interna com a publicação do aviso da Licitação.

A fase externa é a continuação da interna, onde começa com a publicação do instrumento convocatório da licitação pela Comissão, convocando os interessados a participarem do certame para uma futura contratação com a Administração Pública.

No momento da publicação, o próprio edital ou carta convite torna-se a Lei interna do certame, onde todos que queiram participar deverão observar e cumprir fielmente.

Após a abertura do certame seguem-se as etapas:

- a) habilitação dos licitantes;
- b) julgamento e classificação das propostas;
- c) homologação e adjudicação;

A habilitação nada mais é que a abertura dos envelopes que contem a documentação dos concorrentes e a sua apreciação, conforme o art. 43, I. Contendo os documentos exigidos no edital ou carta convite, nessa etapa irá ser analisada a idoneidade dos proponentes, quem está apto ou não a licitar.

A Lei 8.666 no seu art. 27 exige os documentos relativos à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal e trabalhista.

Dando continuidade, a Administração irá julgar as propostas e classificá-las de acordo com os critérios constantes no edital ou carta convite. Maria Sylvia Di Pietro subdivide essa fase em duas:

1. na primeira, há a abertura dos envelopes “proposta” dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos (art. 43, III); os envelopes são abertos em ato público previamente designado, do qual deverá ser lavrada ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão; abertos os envelopes, todas as propostas serão rubricadas também pelos licitantes presentes e pela Comissão (§§ 1º e 2º do art. 43);
2. na segunda, há o julgamento das propostas, que deve ser **objetivo** e realizado de acordo com os **tipos de licitação**, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos (art. 45). (DI PIETRO, 2013, p. 426, grifos do original).

Os tipos de licitação estão previstos no § 1º do art. 45 da lei 8.666. São eles: menor preço; melhor técnica; técnica e preço; e de maior lance ou oferta. No próprio edital ou carta convite estará estabelecido qual o tipo de licitação que deverá ser adotado no momento do julgamento.

E por fim, como ato final do procedimento, ocorrerá a homologação e adjudicação do objeto licitatório pela Autoridade Competente. Valendo ressaltar que, os atos anteriores ficam a cargo de uma Comissão, permanente ou especial, composta de pelo menos três membros, como prescreve o art. 51 da Lei 8.666/93.

Na homologação, a autoridade superior irá aprovar o procedimento, mas anteriormente, a mesma irá analisar todo o procedimento licitatório, ou seja, irá averiguar se houve algum vício de ilegalidade que impeça o prosseguimento da licitação, podendo anular o procedimento se averiguar algum vício de ilegalidade ou apenas determinar sanar determinado vício se possível.

Depois de passar por todo o exame feito pela Autoridade Competente, esta mesma emitirá a homologação se estiver tudo nos conformes, para então seguir com a adjudicação, que nada mais é que a atribuição do objeto licitatório para o vencedor do certame. É o ato final do procedimento licitatório, finalizando assim a licitação.

3 A MODALIDADE CONVITE

A Lei 8.666/93 subscreve em seu artigo 22, inciso III, § 3º sobre a modalidade Convite, *in verbis*:

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. (BRASIL, Lei nº 8.666 de 1993, 2015).

O Convite é a modalidade de licitação considerada mais simples e por consequência mais célere, pois não tem todo o rigor como na modalidade de licitação Concorrência e, por se tratar de licitação para contratações de pequeno vulto, ou seja, para aquisição de materiais e serviços até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e para a execução de obras e serviços de engenharia até o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) como prescreve o artigo 23, incisos I-a e II-a.

A convocação dos licitantes nessa modalidade é feita por escrito através da chamada carta convite, onde a própria unidade administrativa escolherá os convidados em um número mínimo de três. Esta carta é equivalente ao edital, nela conterà detalhadamente todas as informações necessárias e será a lei da licitação em questão.

Quando não houver o número mínimo exigido de convidados aptos para a licitação, o TCU (Tribunal de Contas da União) entende que deve ser repetido o ato “com a convocação de outros possíveis interessados, de modo a se garantir, nesse aspecto, a legitimidade do certame” (DOU de 11-8-93, p. 11.635). Porém, esse entendimento deve ser analisado concomitantemente com o art. 22, § 7º da Lei 8.666/93, que prescreve:

Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção de número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite. (BRASIL, Lei nº 8.666 de 1993, 2015).

No Convite a publicidade é diferenciada das outras modalidades, não sendo exigido a publicação no Diário Oficial, porém, a unidade administrativa deve afixar em local apropriado a cópia da carta convite para que os cadastrados na correspondente especialidade tenham ciência da licitação e, se quiserem participar deverão apenas manifestar seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Outras diferenças marcantes da modalidade Convite é que esta não necessita de uma Comissão de Licitação, podendo ser realizada por um servidor designado pela Autoridade Competente e, inexistente a fase de habilitação, pois o § 1º do artigo 32 da Lei 8.666 afirma que:

A documentação de que tratam os artigos. 28 a 31 da mesma legislação poderão ser dispensados, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.(BRASIL, Lei nº 8.666 de 1993, 2015).

Portanto, quem a Administração convida presume-se habilitado ao certame.

Diógenes Gasparini destacou objetivamente as características da modalidade de licitação em questão:

[...] São suas características: a) destinar-se a contratos de pequeno valor; b) exigir, no mínimo, três interessados, escolhidos pela Administração Pública licitante; c) facultar a participação de cadastrados que manifestarem interesse com a antecedência de até vinte e quatro horas da apresentação das propostas; d) presumir a habilitação dos interessados escolhidos; e) inexigir publicidade no jornal oficial. (GASPARINI, 2012, p. 630).

E Maria Sylvia Zanella Di Pietro explicou também objetivamente o procedimento do Convite:

No convite, o procedimento é simplificado: a convocação dos licitantes é feita por escrito, com cinco dias úteis de antecedência, mediante carta-convite dirigida a pelo menos três interessados, escolhidos pela unidade administrativa, e mediante afixação, em local apropriado, da cópia do instrumento convocatório, sendo facultada, ainda, a publicação no diário oficial. [...] O procedimento pode ser realizado por servidor designado pela autoridade competente, não sendo obrigatória a **comissão** de licitação (art. 51, § 1º). (DI PIETRO, 2013 p. 431-2, grifos do original).

Apesar de o Convite ser uma modalidade menos burocrática e mais simples, também existem algumas restrições para tentar evitar fraudes e abusos. O artigo 23, § 5º da lei 8.666/93 afirma:

É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço. (BRASIL, Lei nº 8.666 de 1993, 2015).

Esse § 5º veio restringir o parágrafo anterior do mesmo artigo que prescreve que “Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência”. (BRASIL, Lei nº 8.666 de 1993, 2015).

E para evitar a ocorrência de convites dirigidos, já que a Administração tem o poder discricionário de escolher os convidados para o certame, o artigo 22 § 6º prescreve que:

[...] existindo na praça mais de três possíveis interessados, a cada novo convite realizado para objeto idêntico ou assemelhado é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações. (BRASIL, Lei nº 8.666 de 1993, 2015).

Destarte, tal modalidade de Licitação é diferenciada das outras, por ser mais simples, célere e menos burocrática como exposto anteriormente, tendo seu procedimento realizado em um lapso temporal de 5 (cinco) dias úteis como consta no art. 21, § 2º, IV da Lei 8.666/93.

4 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, IMPESSOALIDADE, PUBLICIDADE E COMPETITIVIDADE FACE À MODALIDADE CONVITE

Podemos definir os princípios como sendo a base de sustentação de uma estrutura, ou seja, se danificarmos a base, conseqüentemente não teremos uma estrutura firme e forte. Assim também o é para qualquer ciência, como também para o Direito.

Maria Sylvia Di Pietro utilizando-se do conceito de José Cretella Júnior, cita que “Princípios de uma ciência são as **proposições básicas**, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturações subseqüentes. Princípios, neste sentido são os alicerces da ciência”. (DI PIETRO, 2013, p. 63, grifos do original).

Já o ilustre doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello discorre acerca dos princípios de uma maneira mais abrangente:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (MELLO, 2004, p. 451).

Sendo assim, os princípios são de suma importância para qualquer área do Direito, principalmente para o Direito Administrativo, já que, segundo a doutrinadora Di Pietro, esse ramo é de elaboração pretoriana e ainda não foi codificado, portanto os princípios representam papel relevante, “permitindo à Administração e ao judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração”. (2013, p. 64).

Nas Licitações Públicas existem alguns princípios que devem ser observados com rigor, e o princípio da isonomia é um deles, este que está previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º e também na lei 8.666/93 em seu artigo 3º, prega a igualdade de todos perante a lei, vedando a distinção de toda e qualquer natureza, ou seja, não pode de maneira alguma existir distinção entre os licitantes, todos devem ter o mesmo tratamento perante a administração pública.

A Constituição Federal, no art. 5º, caput, estabelece que, sem distinção de qualquer natureza, todos são iguais perante a lei. É o princípio da igualdade ou isonomia. Todos devem ser tratados por ela igualmente tanto quando concede benefício, confere isenções ou outorga vantagens como quando prescreve sacrifícios, multas, sanções, agravos. Todos os iguais em face da lei também o são perante a Administração Pública. Todos, portanto, têm o direito de receber da Administração Pública o mesmo tratamento, se iguais. (GASPARINI, 2012, p. 74).

Também no seu artigo 37 inciso XXI a Constituição garante a igualdade de todos os concorrentes: “[...] as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. (BRASIL, Constituição Federal de 1988, 2015).

A igualdade entre os licitantes é o princípio primordial da licitação - agora previsto na própria Constituição da República (art. 37, XXI) - pois não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivalem no julgamento (art. 3º, § 1º). (MEIRELLES, 1997, p. 28).

Se pararmos para analisar o procedimento do Convite, podemos perceber que existem momentos antes e durante o certame onde tal princípio pode ser facilmente ferido. Relembrando que, a própria Administração envia por escrito a carta-convite para no mínimo três convidados que ela mesma escolher, tendo como número mínimo para iniciação do certame três propostas válidas. É nesse momento que o administrador pode desviar-se da finalidade que é o interesse público para contemplar interesse meramente pessoal, favorecendo uns e/ou perseguindo outros.

Ora, qual seria o critério utilizado pela Administração na escolha dos convidados? Considerando que a mesma os escolhe e ainda confecciona a própria carta-convite, que nada mais é que o equivalente ao edital dessa modalidade. Será mesmo que todo esse poder discricionário dado ao Administrador Público não possibilita o ferimento do princípio em tela? Questão relevante nessa modalidade de licitação, pois essa discricionariedade facilita a ocorrência de fraudes e desvio de poder antes mesmo de ser aberto o certame, na própria escolha dos convidados.

No que tange a habilitação dos licitantes na modalidade convite e o ferimento do princípio da isonomia, Di Pietro assinala:

A habilitação dos licitantes, nessa hipótese, só é obrigatória para aqueles que se apresentarem sem terem sido convidados pela Administração, porque têm que estar cadastrados; para os demais, é facultativa (art. 32, § 1º). A diversidade de tratamento fere o princípio da isonomia. A exigência de certificado para os não convidados somente se justificaria nos casos em que a Administração exige habilitação dos licitantes convidados. Do modo como está na lei, a norma levará ao absurdo de permitir a inabilitação de um licitante que não tenha certificado de registro cadastral em ordem, quando, para os convidados, nenhuma documentação foi exigida. (DI PIETRO, 2013, p. 414).

Pode a Administração deixar de pedir documentos referidos à habilitação para os licitantes que foram convidados, porque estes que foram escolhidos por caráter meramente discricionário pela mesma já presumem-se habilitados, mas para os que não foram convidados exigir-se-á o certificado de registro cadastral em ordem. Está claro o ferimento do princípio da isonomia com a desigualdade de tratamento entre os licitantes. Essa é mais uma controvérsia no procedimento do Convite.

O princípio da isonomia anteriormente analisado influencia diretamente o princípio da impessoalidade na Administração Pública, pois este deriva-se daquele. Há quem diga que este princípio é o próprio princípio da isonomia, pois prega o tratamento igualitário, sem nenhum tipo de distinção dos concorrentes perante a Administração. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição. Além disso, assim como “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*), a *fortiori* teriam de sê-lo perante a administração. (MELLO, 2011, p.114).

Com relação ao princípio da impessoalidade, o Doutrinador Diogenes Gasparini comenta:

A atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza. é o que impõe ao Poder Público este princípio. Com ele quer-se quebrar o velho costume do atendimento do administrado em razão de seu prestígio ou porque a ele o agente público deve alguma obrigação. (GASPARINI, 2012, p. 62-3).

Destarte, no Convite, a unidade administrativa ou o servidor competente designado para realização da licitação, deve ser impessoal, imparcial, ou seja, não poderá no momento da escolha dos convidados e nem no momento do julgamento das propostas, utilizar-se de influencia pessoal, com favoritismos a uns e

discriminações com outros, praticando assim a desigualdade entre os concorrentes e desviando-se da finalidade real que é o interesse público.

Outro princípio de grande importância nas licitações e conseqüentemente para o Convite é o princípio da publicidade, este prega a transparência no processo licitatório, onde todos os atos da Administração Pública têm que ser publicados, devendo assim, publicar o edital das licitações no Diário Oficial e em jornais de grande circulação, com intuito de divulgar a abertura da licitação para todos os cidadãos que queiram participar do certame, sobretudo para os mesmos acompanharem e fiscalizarem todos os passos da Administração. O sigilo é apenas admitido quando imprescindível à segurança nacional, como consta no art. 5º, XXXIII da Constituição Federal.

Para Maria Sylvia Di Pietro, quanto ao princípio da publicidade:

[...] diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade. (DI PIETRO, 2013, p. 382).

Existem algumas controvérsias quanto ao princípio da publicidade que rege a licitação em geral, pois na modalidade Convite, como já exposto, não exige a publicidade do instrumento convocatório no Diário Oficial e em Jornais de circulação como nas outras modalidades, apenas é obrigatório à fixação da cópia da carta-convite em um quadro de avisos, o que causa a restrição da ampla publicidade da licitação e conseqüentemente diminui o alcance de um número maior de licitantes interessados.

Ferindo o princípio da publicidade, quem perde é a própria Administração, pois quanto maior o número de interessados, maior é o número das propostas, ou seja, maior a probabilidade de alcançar a proposta mais vantajosa para futura contratação, além do que, sem a ampla publicidade da margem ao surgimento de negociações externas com o intuito de fraudar a própria Licitação. E de acordo com o art. 90 da referida lei, é crime:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. (BRASIL, Lei nº 8.666 de 1993, 2015).

É perceptível que com o ferimento do princípio da publicidade também fere o princípio da concorrência ou competitividade, pois um está diretamente ligado ao outro, a publicidade proporciona o surgimento dos concorrentes interessados, se a informação não alcança a população, não tem como haver uma ampla concorrência. Restringindo a publicidade que influencia diretamente na concorrência está descaracterizando a própria licitação, pois esta tem caráter competitivo como consta no art. 3º, § 1º, I, da Lei 8666/93.

No Convite como não exige uma ampla publicidade, acaba favorecendo aqueles licitantes que foram convidados pela Administração, pois para os outros terem ciência da licitação devem ir até o local da unidade administrativa onde está o mural com a cópia do instrumento convocatório e, obviamente isso dificulta a concorrência/competitividade.

Diante dos fatos expostos, é clarividente que no Convite existem muitas controvérsias quanto ao seu procedimento licitatório, pois em vários momentos observa-se o ferimento de princípios que são o alicerce da licitação, mostrando assim fragilidades no certame e uma predisposição a fraudes, desvios de poder e corrupção.

5 O PROJETO DE LEI 7.709/2007

No dia 02 de maio de 2007 foi aprovado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 7.709 de iniciativa do Poder Executivo. Esse projeto altera dispositivos da lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) cujas modificações integram o conjunto de medidas do PAC (Pacote de Aceleração do Crescimento).

Ocorre que, em 26 de dezembro de 2014, o projeto de lei foi arquivado no Senado Federal e, consta no Diário Oficial do mesmo, prejudicialidade de matéria nos termos do art. 334, I, do Regimento Interno, onde prescreve que, “Art. 334. O Presidente, de ofício ou mediante consulta de qualquer Senador, declarará prejudicada matéria dependente de deliberação do Senado: I - por haver perdido a

oportunidade;”. (BRASIL, Regimento Interno do Senado Federal, Resolução nº 93, de 1970, 2015).

E no parágrafo 4º diz, “§ 4º A proposição prejudicada será definitivamente arquivada”. (BRASIL, Regimento Interno do Senado Federal, Resolução nº 93, de 1970, 2015).

Foi o que ocorreu, o projeto foi arquivado definitivamente por ter perdido a oportunidade, por motivo de finalização de legislatura, como consta no art. 332 também do Regimento Interno do Senado Federal.

Apesar do seu arquivamento, o projeto de lei 7.709/07 foi de suma importância, pois com suas propostas de alteração à lei 8.666/93 mostram a tendência de futuramente ocorrer significativas mudanças no âmbito das licitações.

A lei que rege sobre licitações e contratos administrativos é muito antiga e necessita de atualização e renovação para se adequar a sociedade atual, sendo assim, o projeto de lei em questão visava o uso de sistema eletrônico em todas as modalidades de licitação e também a inclusão do pregão como modalidade, como consta na explicação da própria Ementa do projeto.

Uma das modificações mais relevantes desse Projeto de Lei foi a inclusão da modalidade Pregão no art. 22 da Lei 8.666/93 e, sobretudo a sua obrigatoriedade quando o tipo de licitação for o de menor preço.

Nesse projeto acrescenta ao art. 23 da Lei 8.666 algumas regras quanto ao cabimento do pregão, *in verbis*:

§9º Observado o disposto no § 10, é obrigatória a adoção da modalidade pregão para todas as licitações do tipo “menor preço”, sendo exigível, no caso de obras, quantitativos definidos, sem possibilidade de acréscimos ou supressões contratuais a que se refere o art. 65, § 1º, desta Lei.

§ 10 É vedada a adoção da modalidade pregão para licitação destinada a contratação de obra e valor superior ao previsto no art. 23, I, “a”, desta Lei, ou de serviços e compras de grande vulto, nos termos do art. 6º, V, desta Lei, bem como para serviços técnicos profissionais especializados enumerados no art. 13 desta Lei. (BRASIL, Projeto de Lei nº 7.709 de 2007, 2015).

A Lei 10.520 que institui sobre a modalidade de pregão prescreve a faculdade da adoção dessa modalidade para aquisição de bens e serviços comuns:

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. (BRASIL, Lei 10.520 de 17 de Julho de 2002, 2015).

O Projeto de Lei em questão, diferentemente da Lei 10.520, abomina a discricionariedade da Administração para adoção da modalidade pregão, implementando a obrigatoriedade da utilização desta através de critério objetivo que é o valor da contratação.

De acordo com o Projeto de Lei as hipóteses de cabimento da modalidade pregão seriam as seguintes:

Compras e serviços- até R\$ 85.000.000 (oitenta e cinco milhões de reais);

Obras e serviços de engenharia- até R\$ 340.000,00 (trezentos e quarenta mil reais);

Os valores-limites para adoção das outras modalidades também iriam ser alteradas, sendo assim para o Convite passaria a ser:

Para compras e serviços- até R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais);

Para obras e serviços de engenharia- até R\$ 340.000,00 (trezentos e quarenta mil reais);

Portanto se o Projeto de Lei fosse aprovado, as alterações que iriam ser feitas à Lei 8.666 implicaria na obrigatoriedade da adoção do pregão em hipóteses em que se utiliza o Convite quando o critério de julgamento é o de menor preço, extinguindo praticamente essa modalidade de licitação e restringindo apenas para licitações que o critério de julgamento é o de melhor técnica e técnica e preço.

Com esse projeto podemos notar a tendência ao desaparecimento da modalidade Convite e cada vez mais a utilização do pregão, principalmente o eletrônico. Não obstante, isso já ocorre nos dias atuais, por conta da transparência, celeridade do processo e fácil acessibilidade para participação dos concorrentes.

A exemplo do que foi abordado, o site de notícias do governo da Bahia, mostrou que, a Câmara Municipal de Salvador conseguiu economizar 60% nas compras e serviços licitados no ano de 2014 graças ao Pregão Eletrônico.

Da mesma maneira, no site do cenário de Mato Grosso dispõe que, o Governo do Estado de Mato Grosso priorizou as licitações na modalidade de Pregão Eletrônico, por esta ser mais vantajosa e, por conseguinte provocar maior competitividade entre empresas de todo o país. Consta também que, o resultado dessa adoção foi, por exemplo, o pregão eletrônico Nº 023/2015, para locação de veículos administrativos, que alcançou uma redução de R\$ 25 milhões em relação ao preço estimado, que era de um pouco mais de R\$ 60 milhões em relação ao Pregão Presencial ocorrido no ano de 2012.

Também no site do governo informa que, o Pregão Eletrônico é hoje o meio mais utilizado pela Administração Pública Federal para realizar compras e contratar serviços. Atualmente, aproximadamente 4.500 órgãos públicos utilizam-se dessa modalidade eletrônica e, depois que adotaram essa medida, a União pôde economizar R\$ 25,6 bilhões nos contratos firmados pelo governo nos últimos seis anos.

Portanto, ao usar o Pregão Eletrônico diminui o índice de formação de cartéis, pois, como assinala o site do governo, facilita a fiscalização do dinheiro público, aumenta a seguridade do processo e, sobretudo, aumenta a competitividade entre os concorrentes, reduz custos operacionais, conseguindo assim, o melhor preço de compra.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos fatos expostos, é clarividente que o Legislador tentou simplificar ao máximo a modalidade Convite com o intuito de criar um procedimento licitatório mais célere, de baixo custo e simples, contudo, acabou fragilizando essa modalidade, pois foi de encontro a princípios constitucionais como também licitatórios, dando margem a fraudes no certame.

Destarte, a tendência é a extinção da modalidade de Convite para ser adotada uma modalidade de licitação que utilize cada vez menos o caráter

discricionário do Administrador, que alcance uma ampla publicidade e consequentemente competitividade, que seja de baixo custo, célere e transparente para todos os interessados e que não haja controvérsias com princípios constitucionais e licitatórios.

Como demonstrado, o Projeto de Lei 7.709/07 foi arquivado por perda de oportunidade, mas este foi de suma importância, pois mostrou o rumo que as licitações levarão e, na sociedade atual que vivemos onde todos estão conectados e a internet é de fácil acesso, é imprescindível a adequação das modalidades de licitação ao modelo eletrônico.

Por oportuno, é importante destacar que os gestores públicos vem utilizando cada vez menos a modalidade de Convite. Em função de toda a sua fragilidade estão optando pela modalidade de pregão presencial e principalmente o eletrônico, assim como o RDC (Regime Diferenciado de Contratações Públicas) que “simplesmente passou a dominar as principais compras públicas federais”. (BORGE; JUNQUEIRA, 2012).

REFERÊNCIAS

BORGE; JUNQUEIRA. **Regime especial de contratação já vale para gastos de R\$ 700 bi.** Camaras Org., Brasília, 17 de Dez. 2012. Disponível em: <<http://www.camaras.org.br/site.aspx/DetalheNoticiasCSEN?codNoticia=fiQgPawYCVw=>>> Acesso em: 11 de nov. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 10 de out. de 2015.

BRASIL. **Diário Oficial do Senado, 23 de Dezembro de 2014.** Arquivamento do Projeto de Lei nº 7.7009 de 2007. Senado. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=23%2F12%2F2014&paginaDireta=00088>> Acesso em: 14 de out. 2015.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.709, de 2007.** Camara. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=433303&filename=PL+7709/2007> Acesso em: 13 de out. 2015.

BRASIL. **Regimento Interno do Senado Federal, Resolução nº 93, de 1970.** Senado. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2015+Compilado+02.09.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>> Acesso em: 14 de out. 2015

CÂMARA MUNICIPAL DE SALVADOR. **Câmara economiza ao adotar o pregão eletrônico.** Disponível em: <http://www.cms.ba.gov.br/noticia_int.aspx?id=9186> Acesso em: 14 de out. 2015.

CENARIO MT. **Estado prioriza pregão eletrônico e economiza em licitações.** Disponível em: <<http://www.cenariomt.com.br/noticia/465918/estado-prioriza-pregao-eletronico-e-economiza-em-licitacoes.html>> Acesso em: 14 de out. 2015.

COSTA, Fernando Nogueira da Costa. **RDC (Regime Diferenciado de Contratação) X Lei das Licitações.** Blog Cidadania & Cultura, 02 de jan. 2013. Disponível em: <<https://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2013/01/02/rdc-regime-diferenciado-de-contratacao-x-lei-das-licitacoes/>> Acesso em: 11 de nov. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo.** – 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo brasileiro.** 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Licitação e Contrato Administrativo,** 11^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

PORTAL BRASIL. **País economiza R\$ 25,6 bi com pregão eletrônico.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2011/05/pais-economiza-r-25-6-bi-com-pregao-eletronico>>. Acesso em: 14 de out. 2015.

VADE MECUM, **OAB e concursos** – 3. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

THE BIDDING INVITATION MODE SUBSISTENCE AND ITS CONTROVERSIES

ABSTRACT

The implementation of the Republic Constitution in 1988 was expressly defined the obligatoriness to bid at the public administration sphere, in its art. 37, XXI, getting their regulation later with the Law 8.666/93 which established rules for bidding and administrative contracts. Therefore, the article aims to analyze the subsistence mode of Bid Invitation and their controversies, making correlation with

some bidding and constitutional principles. This is a primary research, the approach method is qualitative and, to achieve the purposes it was explanatory, because it aimed to identify the factors and reasons that imply certain critical to Bid Invitation and its possible extinction, and explain why, then to get better resourcefulness for the research and clarity to the issue understanding.

Key-words: bidding, bidding mode, invitation.