

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

JOSÉ EDUARDO COSTA DEVIDES

**A MODALIDADE LICITATÓRIA CONVITE E A POLÊMICA RELATIVA AO SEU
PROCEDIMENTO: UM ESTUDO REALIZADO À LUZ DE PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS**

MARÍLIA

2017

JOSÉ EDUARDO COSTA DEVIDES

**A MODALIDADE LICITATÓRIA CONVITE E A POLÊMICA RELATIVA AO SEU
PROCEDIMENTO: UM ESTUDO REALIZADO À LUZ DE PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira.

MARÍLIA

2017

Devides, José Eduardo Costa

A modalidade licitatória convite e a polêmica relativa ao seu procedimento: um estudo realizado à luz de princípios constitucionais / José Eduardo Costa Devides. - Marília: UNIMAR, 2017.

122 f.

Dissertação (Mestrado em Direito - Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2017.

Orientação: Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira

1. Princípios Constitucionais 2. Licitação 3. Convite I. Devides, José Eduardo Costa

CDD – 341.3527

JOSÉ EDUARDO COSTA DEVIDES

A MODALIDADE LICITATÓRIA CONVITE E A POLÊMICA RELATIVA AO SEU
PROCEDIMENTO: UM ESTUDO REALIZADO À LUZ DE PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília,
área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social,
sob a orientação do Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira.

Aprovado pela Banca Examinadora em ____/____/____.

Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira

Orientador

Prof.(a) Dr.(a)

Prof.(a) Dr.(a)

Dedico este trabalho, primeiramente, a Deus, por sempre guiar os meus passos e proteger a minha vida;

Aos meus pais e minha irmã por sempre confiarem em mim e me apoiarem em minhas escolhas;

À Tássia, mulher da minha vida, pelo apoio incondicional em todos os momentos, principalmente nos de incerteza, muito comuns para quem tenta trilhar novos caminhos;

Aos meus sócios e amigos, pelos conselhos, incentivos e oportunidade de convívio.

Agradeço a colaboração do professor Daniel Barile da Silveira, que me orientou com muita competência e eficiência durante o desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço, igualmente, ao amigo e colega de mestrado Guilherme Aparecido da Rocha, pelos conselhos e auxílios concedidos no decorrer do curso.

Negar o dever de transparência é escancarar as portas para a prática das mais gravosas condutas de corrupção. Na Administração Pública, o que não pode ser visto, via de regra, não pode ser praticado.

Ismar Viana

A MODALIDADE LICITATÓRIA CONVITE E A POLÊMICA RELATIVA AO SEU
PROCEDIMENTO: UM ESTUDO REALIZADO À LUZ DE PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS

Resumo: a elaboração da presente pesquisa tem a finalidade de analisar o problema que envolve o procedimento da modalidade licitatória convite no que tange à sua forma de publicidade e a exigência de cadastramento como forma de condição para participação do interessado. Com efeito, o objetivo principal é o de aferir se tais impropriedades do convite violam princípios constitucionais (notadamente o da livre concorrência, o da igualdade e o da publicidade), de propor soluções eficazes e averiguar se o Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013 (que trata da nova lei de licitações) será capaz de por fim ao problema proposto. A justificativa da pesquisa resulta nos entendimentos de algumas capitais estaduais que, alegando ser o convite uma modalidade que fere a livre concorrência e a transparência pública, legislaram no intuito de suplementar a Lei Geral de Licitações, garantindo maior publicidade e competitividade ao certame do mesmo. Ademais, a relevância do tema é presente em julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que alguns indivíduos exigiram a inconstitucionalidade de leis que se propunham a este fim. O método utilizado no presente trabalho é o dedutivo (uma vez que o estudo parte de noções gerais relacionadas a princípios constitucionais, passando pela legislação, até chegar ao caso específico deste, que é o convite), sendo que, durante o seu desenvolvimento, foi utilizada pesquisa empírica, inclusive com a utilização de pesquisa quantitativa para que fosse descoberto o número de capitais de estados brasileiros que legislaram sobre o convite. Conjuntamente, foi realizada pesquisa bibliográfica, assim como consulta às principais leis e atos normativos que já trataram do tema licitação.

Palavras-chave: Princípios Constitucionais. Licitação. Convite.

THE INVITATION TO TENDER AND THE POLICY REGARDING ITS PROCEDURE: A STUDY CONDUCTED IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

Abstract: The elaboration of the present research has the purpose of analyzing the problem that involves the procedure of the bidding modality invitation with regard to its form of advertising and the requirement of registration as a form of condition for the participation of the interested party. The main objective is to assess whether such improprieties of the invitation violate constitutional principles (notably free competition, equality and publicity), to propose effective solutions and to investigate whether Senate Bill n.º 559/2013 (which deals with the new bidding law) will be able to put an end to the proposed problem. The justification of the research results in the understanding of some state capitals that, claiming to be the invitation a modality that hurts free competition and public transparency, legislated with the purpose of supplementing the General Law of Tenders, guaranteeing greater publicity and competitiveness to the competition of the same. In addition, the relevance of the subject is present in a judgment of the Court of Justice of the State of São Paulo, in which some individuals demanded the unconstitutionality of laws that were proposed for this purpose. The method used in the present work is the deductive (since the study starts from general notions related to constitutional principles, passing through the legislation, until arriving at the specific case of this, that is the invitation), being that, during its development, was Used empirical research, including the use of quantitative research to discover the number of capitals of Brazilian states that legislated on the invitation. In addition, a bibliographical research was conducted, as well as a consultation of the main laws and normative acts that have already dealt with the bidding theme.

Keywords: Constitutional Principles. Bidding. Invitation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A LIVRE CONCORRÊNCIA COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS	13
1.1 O HIBRIDISMO <i>ESTADO DE BEM-ESTAR E NEOLIBERALISMO</i> ENCAMPADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	13
1.2 OS PRINCÍPIOS NEOLIBERAIS QUE NORTEIAM A ORDEM ECONÔMICA: A LIVRE INICIATIVA E A LIVRE CONCORRÊNCIA	22
1.2.1 O desenvolvimento e a livre concorrência	29
1.3 A LIVRE CONCORRÊNCIA E O SEU PAPEL DE PRINCÍPIO INFORMADOR DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS	32
1.3.1 A questão dos preços na licitação: a inexequibilidade do preço e a ofensa à livre concorrência	36
2. A LEGISLAÇÃO ACERCA DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL	39
2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LICITAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	40
2.2 A LEI GERAL DE LICITAÇÕES E A LEI DO PREGÃO: UMA ABORDAGEM ACERCA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	50
2.2.1 A Lei de Acesso à Informação e às disposições sobre a publicidade do convite nos sítios eletrônicos do TCU e do TCE/SP	59
3. A MODALIDADE LICITATÓRIA CONVITE E OS CONFLITOS QUE ENVOLVEM O SEU PROCEDIMENTO: O DESEQUILÍBRIO DE TRATAMENTO NA FORMA DE PUBLICIDADE E NAS CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO	63
3.1 A QUESTÃO DA PUBLICIDADE E DO CADASTRAMENTO NO CONVITE	63
3.2 A IGUALDADE DE PARTICIPAÇÃO, NO CONVITE, ENTRE CONVIDADOS E INTERESSADOS	69
3.3 A LEGISLAÇÃO DAS CAPITAIS ESTADUAIS SOBRE O CONVITE	73
3.4 A LEGISLAÇÃO DAS CAPITAIS QUE VISAM AUMENTAR A COMPETITIVIDADE E A PUBLICIDADE DO CONVITE, DE FORMA A SUPLEMENTAR AS DISPOSIÇÕES DA LEI N.º 8.666/93: AFRONTA DIRETA E FORMAL À CONSTITUIÇÃO FEDERAL?	80
4. O CONVITE E A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA, IGUALDADE E PUBLICIDADE	89
4.1 O CONVITE E O ANTAGONISMO EM RELAÇÃO AOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	89

4.2 O PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 559/2013 (PROJETO DE LEI DA CÂMARA N.º 6.814/2017) E A NOVA PERSPECTIVA PARA AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS ..	91
4.2.1 A previsão do convite no Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013 e suas peculiaridades	102
4.3 DAS SOLUÇÕES POSSÍVEIS AOS VÍCIOS APRESENTADOS	105
CONCLUSÃO	112
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	114

INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 a licitação pública ganhou *status* de princípio constitucional, representando a possibilidade de a Administração Pública realizar a contratação mais vantajosa possível, desde que fosse assegurada a igualdade de condições de participação a todos os concorrentes. E esta igualdade a que a constituinte aduz não tem sido observada, tanto em termos práticos quanto em teóricos, em determinada modalidade de licitação.

Neste cenário é que se encontra o problema do presente trabalho, que recai sobre a forma de publicidade da modalidade licitatória convite e na exigência de cadastramento ao interessado, como condição para participação do certame. Se a própria constituinte prevê o dever de se assegurar a igualdade de condições a todos os agentes econômicos nas licitações públicas, qual seria o motivo de a Lei n.º 8.666/93 dar diminuta publicidade ao certame e de dificultar a participação do interessado?

Com efeito, o objetivo principal deste trabalho é o de analisar se tais impropriedades no convite repercutem na seara constitucional, colidindo com alguns de seus princípios, como, por exemplo, a livre concorrência, a igualdade e a publicidade. Ademais, também serão propostas outras soluções para o problema proposto, bem como se discutirá se a nova lei de licitações, materializada pelo Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013, será capaz de resolver tal impasse.

A justificativa da pesquisa resulta nos entendimentos de algumas capitais estaduais que, alegando ser o convite uma modalidade que fere a livre concorrência, a igualdade e a publicidade, legislaram no intuito de suplementar a Lei Geral de Licitações, garantindo maior publicidade e competitividade ao certame do mesmo. Ademais, a relevância do tema é presente em julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que alguns indivíduos exigiram a inconstitucionalidade de leis que se propuseram a este fim.

Dessa forma, o desenvolvimento desta pesquisa envolverá, no capítulo primeiro, o estudo da livre concorrência como princípio norteador das licitações públicas, na qual será dada ênfase aos princípios neoliberais que norteiam a ordem econômica (livre iniciativa e livre concorrência), sendo trazidas as principais peculiaridades sobre o tema. Subsequentemente, o trabalho abordará à problemática da inexecutabilidade dos preços nas licitações como forma de ofensa à livre concorrência.

O segundo capítulo apresentará uma evolução histórica da licitação no ordenamento jurídico brasileiro, desde os seus primórdios até a legislação mais recente sobre o tema. Para

tanto, as principais leis sobre o tema, como as Leis n.º 8.666/93, n.º 10.520/02, n.º 12.527/2011 e n.º 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação) serão analisadas à luz do princípio da publicidade.

O terceiro capítulo deste trabalho abordará a grande problemática desta pesquisa, que se refere à modalidade licitatória convite e os conflitos que envolvem o seu procedimento: o desequilíbrio de tratamento na forma de publicidade e nas condições de participação. Para tanto, inicialmente serão elucidados os pontos controvertidos relativos à espécie licitatória. Em seguida, a igualdade de participação, no convite, será desenvolvida, principalmente, sob o enfoque do livro *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, de Celso Antônio Bandeira de Mello. Posteriormente, para atestar a pertinência do tema, será realizada pesquisa quantitativa no tocante à legislação das capitais estaduais sobre o convite. Por derradeiro, será discutido se tal legislação municipal visa afrontar direta e formalmente à Constituição Federal.

O capítulo último deste trabalho visará confrontar o convite a alguns princípios constitucionais que norteiam as contratações públicas (livre concorrência, igualdade, e publicidade). Outrossim, o tópico seguinte analisará as principais inovações previstas no Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013, que trata da nova lei de licitações, e o seu posicionamento em relação ao convite. Por fim, o tópico derradeiro tratará sobre as possíveis soluções para os vícios presentes no convite.

O método utilizado no presente trabalho é o dedutivo, tendo em vista que o estudo parte de noções gerais relacionadas a princípios constitucionais, passando pela legislação, até chegar ao caso específico do mesmo, que é o convite. Salienta-se que, durante o seu desenvolvimento, foi utilizada pesquisa empírica, inclusive com a utilização de pesquisa quantitativa no intuito de se descobrir o número de capitais de estados brasileiros que legislaram sobre o convite. Conjuntamente, foi realizada pesquisa bibliográfica, assim como consulta às principais leis e atos normativos que já trataram do tema licitação.

1. A LIVRE CONCORRÊNCIA COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

A livre concorrência é um dos princípios que inauguram o capítulo atinente à ordem econômica e financeira na Constituição Federal de 1988, representando uma proteção ao agente econômico que concorre no mercado. Tal proteção possibilita ao agente a disputa do mercado em igualdade de condições com os outros concorrentes, cabendo ao Estado punir quem desenvolva comportamentos anticoncorrenciais.

Observar-se-á, neste capítulo, que a ideia de livre concorrência tem origens no neoliberalismo, época em que o mundo clamava por um modelo de mercado menos intervencionista para retomada do controle da economia, que passava por um período de recessão.

Posteriormente, analisados os princípios da livre iniciativa e livre concorrência (este último sendo sucedâneo daquele), será averiguado se este último ajuda a estimular o desenvolvimento.

Finalmente, será abordado o princípio da livre concorrência à luz das licitações públicas, analisando a sua importância para a mesma, pois, é dever do Poder Público tutelar a ampla competitividade em suas contratações, não só para garantir o benefício privado (em vistas à igualdade na participação do certame), mas também como forma de assegurar a vantajosidade da contratação, em prol do interesse público.

1.1 O HIBRIDISMO *ESTADO DE BEM-ESTAR E NEOLIBERALISMO* ENCAMPADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Para que se possa entender a forma como a Constituição Federal de 1988 concebeu o princípio da livre concorrência, imperioso que se realize um breve estudo no tocante ao momento histórico econômico em que se elaborou a constituinte. Tratava-se do movimento econômico mundialmente conhecido como neoliberalismo.

As ideias neoliberais nasceram na região da Europa e da América do Norte, no período pós Segunda Guerra Mundial. Entretanto, os primeiros sinais do neoliberalismo no mundo só foram sentidos entre o final do século XX e o início do século XXI, em meio ao processo denominado *globalização*.

A globalização é política, tecnológica e cultural, tanto quanto econômica, e tem algo a ver com a tese de que agora se vive num único mundo, sendo influenciada pelo

desenvolvimento nos sistemas de comunicação que remontam apenas ao final da década de 1960¹.

A globalização econômica representou a superação do liberalismo, em que se permitia que as forças da competição e do *livre jogo da oferta e da demanda regulassem a economia, que ficaria quase que completamente livre das restrições do governo ou de suas intervenções*². Esse modelo de Estado liberal era defendido pelo filósofo Adam Smith que, em seu livro *A Riqueza das Nações*, utilizou o termo mão invisível para designar a capacidade de os próprios indivíduos participantes do mercado serem capazes de regular a ordem econômica, sem a necessidade da intervenção do Estado. Segundo esta corrente, não haveria que se fazer grande esforço mental para concluir que, numa disputa na qual imperasse o egoísmo, os agentes econômicos seriam capazes de, por si sós, estabelecerem a ordem natural das coisas.

Pensando nisso, a doutrina neoliberal passou a prever uma interferência e participação mínima do Estado na economia. Segundo Marisa Rossignoli e Walkiria Martinez Heirich Ferrer,

Em linhas gerais, o ideário neoliberal consiste em políticas voltadas á desestatização da economia, com a minimização da interferência do Estado; abertura dos mercados para desobstrução do comércio internacional, com o objetivo de estimular a concorrência com os produtos nacionais e propiciar modernização e desenvolvimento da estrutura produtiva nacional; estabilização monetária, a fim de atrair investimentos estrangeiros e amplo processo de privatizações, com o objetivo de diminuir as dívidas internas e externas.³

Assim, em meio ao ambiente do neoliberalismo, passou-se a ser comum a utilização de termos como *privatização, desregulamentação das economias, abertura de mercado, desterritorialização, Estado mínimo* para representar este novo modelo⁴.

Imperioso destacar que o neoliberalismo foi desenvolvido inicialmente por Friedrich Hayek, em 1944, tendo sido aprimorado, posteriormente, por outros economistas, como Milton Friedman. O primeiro governo, na Europa, a implementar os mandamentos neoliberais

¹ GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolado: o que a globalização está fazendo de nós*. Trad.: Maria Luiza X. de A. Borges. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003, p. 19-21.

² HUNT, E. K. *História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 54.

³ FERRER, Walkiria Martinez Heirich; ROSSIGNOLI, Marisa. *Estado Liberal ou intervencionista? Uma análise econômica do atual modelo do Estado Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e9352a4485132942>>. Acesso em: 31 out. 2016.

⁴ Idem. *Ibidem*.

foi o de Margareth Thatcher, em 1979⁵. Todavia, tal governo utilizou o novo modelo de forma desproporcional e desarrazoada de seus ideais:

O modelo inglês foi, ao mesmo tempo, o pioneiro e o mais puro. Os governos Thatcher contraíram a emissão monetária, elevaram as taxas de juros, baixaram drasticamente os impostos sobre os rendimentos altos, aboliram controles sobre os fluxos financeiros, criaram níveis de desemprego, massivos, aplastaram greves, impuseram uma nova legislação anti-sindical e cortaram gastos sociais. E, finalmente – esta foi uma medida surpreendentemente tardia -, se lançaram num amplo programa de privatização, começando por habitação pública e passando em seguida a indústrias básicas como o aço, a eletricidade, o petróleo, o gás e a água. Esse pacote de medidas é o mais sistemático e ambicioso de todas as experiências neoliberais em países de capitalismo avançado.⁶

O governo estadunidense, liderado por Ronald Reagan (1981), foi o primeiro da América do Norte a se lançar sobre o novo sistema. Ocorre que o neoliberalismo naquele país possuía como finalidade principal quebrar a economia soviética (e, posteriormente, derrotar o regime comunista da Rússia), através de uma competição armamentista que ficou mundialmente conhecida como *Guerra Fria*. Importante ressaltar, ainda, que internamente, *Reagan também reduziu os impostos em favor dos ricos, elevou as taxas de juros e aplastou a única greve séria de sua gestão*⁷.

A partir do final da década de 80, na cidade de Washington, o economista estadunidense John Williamson apresentou dez receitas bem sucedidas de medidas neoliberais para países em desenvolvimentos na América Latina. Tal congresso ficou mundialmente conhecido como *Consenso de Washington*.

Os dez pontos de ajustes apresentados nesta reunião foram os seguintes:

- 1) Disciplina Fiscal; 2) Redução dos gastos públicos; 3) Reforma Tributária; 4) Liberalização financeira; 5) Regime Cambial; 6) Liberalização Comercial; 7) Abertura ao Investimento Externo; 8) Privatização; 9) Desregulamentação da economia e flexibilização das relações trabalhistas; 10) Proteção à propriedade intelectual.⁸

⁵ ANDERSON, P. *Balanço do neoliberalismo*. In: SADER, E.; GENTILI, P. (Org.). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1995, p.12.

⁶ Idem, ibidem.

⁷ Idem, ibidem.

⁸ NOGUEIRA, Vanessa Fabiula Pancioni. *A influência do neoliberalismo na Constituição Federal de 1988, com enfoque nas emendas ao capítulo da “ordem econômica”*. 2010. 150 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, Programa de Mestrado em Direito Público e Econômico, São Paulo, p. 49.

Outrossim, o Consenso de Washington também sugeria que os países em desenvolvimento implantassem três pilares dentro de sua economia: a) políticas macroeconômicas, que se relacionavam ao compromisso de se estabelecer austeridade fiscal, disciplina monetária, corte de gastos, notadamente em relação a reformas administrativa, previdenciária e fiscal; b) medidas microeconômicas, relativas à diminuição dos encargos sociais e ausência de incentivos e subsídios para produtos; c) reformas estruturais, que representavam a desregulamentação do mercado financeiro, desregulamentação do trabalho, privatização de empresas e serviços públicos, abertura comercial e garantia do direito de propriedade⁹.

O consenso propalava a ideia de que o neoliberalismo seria a única solução para o desenvolvimento dos países atrasados. Inclusive, argumentou-se que após a instauração das reformas (ou seja, da implantação dos dez pontos de ajustes), haveria a retomada natural do crescimento econômico.

A partir deste marco, alguns países da América Latina passaram a adotar o aludido modelo econômico, com exceção do Chile, que desde a ditadura do General Pinochet demonstrava a marca dos ideais neoliberais:

As idéias neoliberais chegaram à América Latina ainda na década de 1970. O Chile, com o General Pinochet, foi o primeiro país, antes mesmo que a Inglaterra, a implantar o modelo neoliberal. Cumprindo á risca o modelo neoliberal, caracterizou-se pela: liberalização da economia, alta taxa de desemprego, repressão sindical, concentração de renda em favor dos ricos, e privatizações de bens públicos. Pinochet foi o responsável por uma das mais cruéis ditaduras militares da América Latina, mandando perseguir, torturar, prender e matar os seus opositores, especialmente aqueles ligados ao governo de Salvador Allende. A aplicação do projeto neoliberal no Chile se deu depois da destruição do movimento operário e popular. Assim, não houve resistência significativa.

Outros governos da América Latina foram seduzidos pelo discurso neoliberal e começaram a implantar em seus países o neoliberalismo. Chegou no México com Salinas, com Menem na Argentina, com Carlos Andrés Perez na Venezuela e, em 1990, no Peru com Fujimore etc.¹⁰

No Brasil, constata-se a adoção do neoliberalismo, inicialmente, no governo do Presidente Fernando Collor de Melo e, subsequentemente, nos dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso. Com relação ao mandato do primeiro, o período mundial vivenciado (final dos anos oitenta) era o da eclosão deste novo sistema pelo mundo, sendo que vários dos

⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁰ MARIANI, Édio João. *A trajetória de implantação do Neoliberalismo*. Revista Urutágua. Ago/Nov. 2007. Disponível em: <<http://www.urutagua.uem.br/013/13mariani.htm>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

efeitos neoliberais experimentados em outros países (Inglaterra, EUA, Chile *etc.*) também tomavam corpo no Brasil. Segundo Danilo Enrico Martuscelli,

A conjuntura de implantação da política neoliberal no Brasil, iniciada com o governo Collor (1990-1992), conduziu o país a um período de forte recessão econômica, ao crescimento das taxas de desemprego, à elevação dos índices inflacionários, à deterioração dos serviços e infraestrutura públicos – principalmente da área de educação e de saúde –, à desindustrialização e ao arrocho salarial.¹¹

O mandato de Fernando Henrique, por sua vez, foi marcado por estratégias tendentes a privatizar empresas estatais e a regular as concessões de serviços públicos para a iniciativa privada, seguindo o legado deixado pelo governo Collor:

Além de desencadear este conjunto de reformas constitucionais, o governo Fernando Henrique estimulou fortemente o Congresso a aprovar lei complementar regulando as concessões de serviços públicos para a iniciativa privada, já autorizadas pela Constituição (eletricidade, rodovias, ferrovias, etc.), conseguiu a aprovação de uma lei de proteção à propriedade industrial e aos direitos autorais nos moldes recomendados pelo GATT e preservou o programa de abertura comercial que já havia sido implementado. Sustentado pela legislação que permitia e regulava a venda de empresas estatais desde o período Collor e pelas reformas constitucionais promovidas desde 1995, executou um enorme programa de privatizações e de venda de concessões tanto no âmbito federal como no estadual.¹²

Assim, de maneira inesperada, a aplicação dos ditames neoliberais pelo mundo não surtiu o efeito desejado, tendo desregulado a economia de vários países (como EUA, Inglaterra e Argentina), causando a morte de várias pessoas que se opunham a este novo sistema (como ocorreu no Chile) e aumentado a diferença existente entre classes sociais (como aconteceu no Brasil).

Mas, em se tratando do Brasil, embora os governos Collor e FHC tivessem contemplado essa nova forma de modelo econômico, teria a Constituição da República (1988) encampado o neoliberalismo em seu texto?

Segundo o Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, *a política neoliberal [...] é incompatível com os fundamentos do Brasil, afirmados no art. 3º da*

¹¹ MARTUSCELLI, Danilo Enrico. O PT e o impeachment de Collor. *Opin. Publica* [online], vol.16, n.2, pp.542-568, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762010000200010>. Acesso em: 16 abr. 2017.

¹² SALLUM JUNIOR, Brasílio. O Brasil sob Cardoso: neoliberalismo e desenvolvimentismo. *Tempo soc.* [online], vol.11, n.2, pp.23-47, 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v11n2/v11n2a03.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

*Constituição de 1988, e com a norma veiculada pelo seu art. 170*¹³. O Ex-Ministro ainda complementa o raciocínio, ao afirmar:

A Constituição do Brasil, de 1988, define [...], um modelo econômico de bem-estar. Esse modelo, desenhado desde o disposto nos arts. 1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art. 170, não pode ser ignorado pelo Poder Executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia.

Assim, os programas de governo deste e daquele Presidentes da República é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso. A incompatibilidade entre qualquer deles e o modelo econômico por ela definido consubstancia situação de inconstitucionalidade, institucional e/ou normativa.

[...]

A substituição do modelo de economia de bem-estar, consagrado na Constituição de 1988, por outro, *neoliberal*, não poderá ser efetivada sem a prévia alteração dos preceitos contidos nos seus arts. 1º, 3º e 170. À luz dessa verificação cabe cogitarmos da relação de compatibilidade ou incompatibilidade entre a Constituição de 1988 e o programa de governo *neoliberal* introduzido por Collor e retomado por Fernando Henrique; a semelhança entre as propostas de reforma constitucional de ambos ainda não foi suficientemente analisada.¹⁴ (grifo do autor)

Não obstante, com a devida vênua ao posicionamento do supracitado autor, ao analisar as Atas da Assembleia Nacional Constituinte pôde-se constatar a preocupação em se elaborar uma constituição que fosse, ao mesmo tempo, de bem-estar social e neoliberal. Tal preocupação era fundamentada na previsão constitucional de uma economia de livre mercado (como resposta ao estatismo absoluto implantado pelo regime militar) que, evidentemente, deveria ser supervisionado pelo Estado. Isto é o que se depreende ao observar o discurso do constituinte Vladimir Palmeira, membro da Comissão da Ordem Econômica:

A primeira questão foi sobre a intervenção do Estado na economia – esta é uma questão chave onde se discutiu muito, seja em matéria de conjuntura, seja em matéria de um papel estrutural do Estado. E quais são as funções do Estado na Economia? Sem dúvida houve na nossa Subcomissão uma posição que quer ver o Estado longe de qualquer intervenção, e deu-se como exemplo continuado a onda de desestabilização que varre a Europa. Mas se há de convir que a Constituição não executa nem uma política estatista, nem uma política desestatizante, o que ela faz são os princípios gerais, preservando o monopólio do Estado naquilo que considera essencial e abrindo margem para a lei ordinária disciplinar o funcionamento e a intervenção do Estado. Esta é uma preocupação. Mas há setores onde o relatório da Comissão, francamente, retrocede, porque o primeiro relatório já limitava bastante a intervenção estatal da atividade produtiva, e a segunda

¹³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 45.

¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 45-46.

versão – o substitutivo na prática -, aprovado, é um imenso retrocesso, em relação ao monopólio do petróleo. E não se trata de querer a estatização da economia brasileira, mesmo porque estatizar mais que regime militar, impossível. Hoje, os homens que, às vezes, falam aqui em níveis liberais são os mesmos que estatizaram, neste País e em geral, as estatizações, as mais *ilegível*, multiplicaram as empresas absolutamente inúteis nas mãos do Estado. O Estado começou a concentrar nos setores essenciais válidos na defesa da soberania nacional. Então, o que se quer não é uma intervenção do Estado em tudo, mas se que o Estado preservando aqueles setores essenciais à soberania da Nação. Sem dúvida, o petróleo é um deles; sem dúvida, a exploração dos minerais fósseis é outro; sem dúvida, as telecomunicações são um setor onde a intervenção do Estado é necessária e deverá ser consagrada na Constituição. Em segundo lugar, a empresa estatal, hoje, é uma realidade e precisamos reconhecer como tal, sob pena de fazer uma Constituição para um país que não existe. Estou de acordo em que se coloque lá livre iniciativa. Somos um País onde a livre iniciativa é muito pouco livre e há muito pouca iniciativa. A intervenção do Estado na economia já é enorme. Legisla-se com toda a livre iniciativa na Constituição. A ditadura militar estatizou quanto quis. Então é preciso compreender e disciplinar, realmente, a intervenção do Estado num parâmetro atingindo o que o Brasil é, para não se legislar num país imaginário onde existe a livre iniciativa, existe tudo e, depois, temos uma política de controle completamente diferente.¹⁵

Nesse sentido, os Senadores Flávio Teles de Menezes e Luiz Correia do Lago, membros da Subcomissão do Sistema Financeiro, também propugnaram pelo livre funcionamento dos mercados (em alusão a um dos objetivos previstos no neoliberalismo: consagração da livre iniciativa e livre concorrência), desde que não houvesse o comprometimento do interesse social:

[...] - em que sentido deve ser orientada a reforma do setor financeiro?
 - é conveniente incluir na Constituição dispositivo que regule tal matéria?
 [...] a ordem econômica deve prever regras claras e específicas no sentido de assegurar o livre funcionamento dos mercados, protegendo a economia popular e a poupança nacional dos acordos de grupos e promovendo a concorrência entre os agentes econômicos.
 [...]
 Nesse sentido, acredito que é opinião geral que deve haver uma opção por uma economia de livre mercado, mas com uma supervisão pelas autoridades econômicas e uma atuação governamental que permita que todas as atividades econômicas se desenvolvam sem ferir o interesse social.¹⁶

Com efeito, os aludidos discursos evidenciam o caráter de hibridismo encampado na Constituição, pois

¹⁵ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas das Comissões*. Comissão da Ordem Econômica. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, abril de 1987, p. 33.

¹⁶ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas das Comissões*. Subcomissão do Sistema Financeiro. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, abril de 1987, p. 92/135.

[...] ao mesmo tempo que consagra o princípio da livre iniciativa, livre concorrência e propriedade privada – baluartes de uma economia liberal – assegura a função social da propriedade, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e outros princípios que, para serem implementados, passam diretamente por uma atuação positiva do Estado.¹⁷

Salienta-se que este entendimento também é perfilhado por Raul Machado Horta, na qual afirma que

Intervencionismo e liberalismo se alternam na formulação dos princípios e essa relação alternativa, que poderá conduzir ao primado de um ou de outro, exprime o clima de ambigüidade e o duplo sentido que percorre as cláusulas da Ordem Econômica e Financeira. Liberalismo, intervencionismo e dirigismo econômico refletem as correntes que se debateram na Assembléia Nacional Constituinte e as maiorias eventualmente vitoriosas imprimiram no texto da Constituição a concepção heteróclita da Ordem Econômica.¹⁸

Nota-se que os parlamentares desejavam implantar o sistema neoliberal na CF/88, pois, à época, era o modelo que eclodia em vários países no mundo. Aliado a isto, o sentimento para a aceitação desta nova corrente justificava-se, como já dito, pela forte onda de estatização que o regime militar havia instaurado. Contudo, ainda analisando os supracitados discursos, observa-se que não havia a intenção de se adotar exatamente o mesmo modelo de neoliberalismo que fora instituído na Inglaterra, Estados Unidos ou Chile, que visava, além de outros objetivos, a concretização da liberdade em todos os seus aspectos, mesmo que isso representasse a supressão/eliminação de direitos e garantias fundamentais. No Brasil, os constituintes almejavam a liberdade apenas sob o viés econômico, reservando ao Estado o dever de intervenção quando houvesse necessidade. Logo, a intervenção do Estado no mercado funcionaria como uma espécie de *freios* ao neoliberalismo.

Dessa forma, o Brasil adotou um modelo neoliberal condizente com seus princípios, ou seja, apenas prezando, em termos econômicos, pela livre concorrência cumulada com a diminuta participação do Estado. Isto porque a Constituição Federal de 1988 possibilitou a combinação entre o neoliberalismo e o *Welfare State* (Estado garantidor dos direitos sociais).

A afirmação de que a Constituição também seria *welfarista* ocorre principalmente pelos seguintes argumentos:

¹⁷ CONSTANTINO, Giuseppe Luigi Pantoja. *Constituição e Neoliberalismo: o hibridismo constitucional-econômico brasileiro e o delineamento de uma nova concepção de Estado*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,constituicao-e-neoliberalismo-o-hibridismo-constitucional-econômico-brasileiro-e-o-delineamento-de-uma-nova-co,49393.html>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

¹⁸ HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 296.

a) possui um rol extenso de direitos e garantias fundamentais, como pode-se observar, especialmente, pela leitura dos artigos quinto e sexto. Isso demonstra a preocupação do Estado com as questões sociais e individuais da pessoa humana, objetivos estes que coadunam com os ideais do *Welfare State*;

b) prevê, no art. 145, § 1º¹⁹, o princípio da capacidade contributiva, possibilitando que a cobrança dos impostos seja realizada de acordo com a capacidade econômica do contribuinte, ou seja: o indivíduo que auferir renda maior, terá a mesma tributada de forma mais intensa. Inclusive, o art. 156, inciso VII, disciplinou que mediante lei complementar, a União poderá instituir o imposto sobre grandes fortunas (IGF)²⁰. Como se pode observar, a CF/88 por intermédio destes dispositivos vedou que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios diminuíssem a carga tributária sobre os rendimentos mais altos, agindo, assim, de forma diversa em relação aos EUA e a Inglaterra;

c) define a liberdade de associação profissional ou sindical, de acordo com o art. 8º; e

d) estabelece o direito de greve aos trabalhadores, possibilitando a estes a oportunidade de exercê-lo, nos termos do art. 9º.

Outrossim, importante destacar o dever de regulação e fiscalização do Estado nas disputas concorrenciais entre os particulares, para fins de garantia da igualdade entre os mesmos. Isto é o que se depreende do *caput* do art. 174 da CF/88: *Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*²¹. (grifo nosso)

Com efeito, as limitações impostas pelo Estado deverão possuir regulamentação legal e a repressão do abuso do poder econômico deverá ser realizada por intermédio de ato administrativo emanado pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). Sobre o assunto ensina José Afonso da Silva:

¹⁹ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes impostos: [...] § 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado a administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

²⁰ Não obstante a previsão constitucional, importante mencionar que, até os dias atuais, não houve a criação de lei complementar que regulasse a matéria atinente ao imposto sobre grandes fortunas (IGF).

²¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 mar. 2017.

O art. 174 declara que o Estado exercerá sua atividade de agente normativo e regulador, na forma da lei. Não se quer, com isso, dizer que a intervenção, nesses termos, depende sempre de lei em cada caso específico. De fato, não se exige lei em cada caso para *estimular e apoiar* a iniciativa privada na organização e exploração da atividade econômica, como também não é mediante lei que se limitam atividades econômicas. Essas intervenções todas se realizam *mediante* ato administrativo, embora não possam efetivar-se senão de acordo com previsão legal. As limitações, sim, como ingerência disciplinadora, constituem formas de intervenção por via de regulamentação legal, mas o fomento nem sempre demanda lei, tal a implantação de infraestrutura, a concessão de financiamento por instituições oficiais, o apoio tecnológico. A repressão do abuso do poder econômico é uma das formas mais drásticas de intervenção no domínio econômico e, no entanto, não é feita mediante lei, mas por ato administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), embora sempre nos termos da lei (Lei 8.884/94), no que se atende ao princípio da legalidade.²² (grifo do autor)

Destarte, a introdução do neoliberalismo no capítulo da ordem econômica e financeira da Constituição Federal não compromete o caráter *welfarista* desta, tendo em vista que: a) o próprio capítulo prevê amarras à livre iniciativa e à livre concorrência (como o direito do consumidor, direito ao meio ambiente e direito do trabalhador); b) as atas da Assembleia Constituinte comprovam que os próprios parlamentares à época da elaboração da CF/88 preocupavam-se com a adoção do regime neoliberal aliado à intervenção do Estado, quando necessário; c) o próprio Estado poderá inibir as condutas concorrenciais que extrapolem a igualdade; d) o rol de direitos sociais e direitos e garantias fundamentais demonstram a qualidade de bem-estar social da mesma.

1.2 OS PRINCÍPIOS NEOLIBERAIS QUE NORTEIAM A ORDEM ECONÔMICA: A LIVRE INICIATIVA E A LIVRE CONCORRÊNCIA

A Constituição Federal de 1988 consagra, no Título VII, o tema atinente à Ordem Econômica e Financeira, dispondo sobre os princípios gerais da atividade econômica (Capítulo I), a política urbana (Capítulo II), a política agrícola e fundiária e da reforma agrária (Capítulo III) e o sistema financeiro nacional (Capítulo IV). Contudo, será realizado um corte metodológico no Capítulo I, do Título VII, para que o trabalho seja direcionado ao seu objetivo.

Primeiramente, importante consignar que a ordem econômica *é uma representação estrutural cuja finalidade é organizar a realização da atividade econômica em determinada*

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 808-809.

*comunidade*²³. Para tanto, a ordem prescreve alguns princípios que delimitam a ação dos agentes privados no mercado, bem como define o dever de o Estado fiscalizar e intervir em tal ação, quando necessário.

Historicamente, é possível constatar que a ordem econômica surgiu na Constituição do Brasil a partir de 1934.

A Constituição Imperial (1824) trazia em seu conteúdo diretrizes liberais. Depreende-se, assim, que preponderava a vontade do imperador e dos grupos mais poderosos economicamente²⁴.

A Constituição de 1891 manteve a postura liberal, todavia, sob o regime republicano federativo. Inclusive, alguns direitos como a liberdade, segurança individual e propriedade eram garantidos, com exceção da desapropriação por necessidade ou utilidade pública²⁵.

A Constituição de 1934 diferenciou-se das duas primeiras, notadamente por possuir ideologia desenvolvimentista. Tanto é verdade tal afirmação que este diploma passou a regular alguns aspectos da atividade econômica, incluindo, pela primeira vez na história das constituições, o título *Da Ordem Econômica e Social (em seu Título IV, arts. 115 a 140)*²⁶.

Já a Constituição de 1937, conhecida como *polaca* (por guardar semelhança à Constituição da Polônia de 1935) era caracterizada por influências autoritárias, na qual garantia poderes autoritários ao Presidente. Além disso, da mesma forma que Itália e Portugal, a constituição prestigiava o corporativismo²⁷.

Seguindo as tendências europeias, que preconizavam a democracia, a Constituição de 1946 instituiu o regime liberal com os novos ingredientes sociais produzidos nos *processos de intervenção do Estado no domínio econômico – o que foi intitulado de um novo liberalismo, no qual a autonomia da vontade passa a ser limitada pela função social dos institutos de direito privado, em especial, nos contratos e na propriedade*²⁸.

A Constituição de 1967, por sua vez, foi fortemente marcada pela segurança nacional (em virtude da revolução militar de 1964), sendo que havia uma ideologia de que esta seria a raiz do desenvolvimento econômico, social e político²⁹.

Constata-se que a ordem econômica sofreu várias transformações no decorrer das constituições, passando pelos modelos liberais, *welfaristas* e neoliberais, sempre variando de

²³ MASSO, Fabiano Del. *Direito econômico esquematizado*. 4 ed. São Paulo: Método, 2016, p. 44.

²⁴ Idem, *ibidem*, p. 47-53.

²⁵ Idem, *ibidem*.

²⁶ Idem, *ibidem*.

²⁷ Idem, *ibidem*.

²⁸ Idem, *ibidem*.

²⁹ Idem, *ibidem*.

acordo com os clamores sociais (ou tendências mundiais) de cada época. Salieta-se que a atual constituição também é resultado da ideologia de sua época, de forma a instituir o sistema econômico nacional com base em uma economia descentralizada, ou seja, o mercado volta a representar importante controle da atividade econômica³⁰.

Com relação ao Capítulo I do título que versa sobre a ordem econômica e financeira, encontram-se ali disciplinados os princípios gerais da atividade econômica. Em se tratando de neoliberalismo, constata-se a sua presença na CF/88 por intermédio do princípio da livre iniciativa, previsto nos arts. 1º e 170 (que inicia a matéria atinente à *Constituição Econômica*):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.³¹ (grifo nosso)

Desta feita, tem-se que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa, que significa a liberdade garantida a qualquer cidadão de criar e explorar certa atividade econômica a título privado, sem que haja restrição estatal, senão em virtude de lei³². Liberdade esta que não é absoluta, tendo em vista as ressalvas que fazem os incisos do

³⁰ Idem, ibidem.

³¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.

³² TAVARES. André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 235.

referido artigo, no tocante ao respeito à livre concorrência, defesa do consumidor, do meio ambiente, da função social da propriedade, entre outros. Logo,

[...] o indivíduo tem o direito constitucional à livre iniciativa para que, com o seu capital, explore uma atividade econômica, porém deverá desempenhar tal mister em busca do bem comum, e não apenas com individualismo exacerbado, tendo em vista que a sua atividade empresarial deverá cumprir uma função social.³³

Nota-se, pela referida citação, o aspecto *welfarista* (ou seja, o bem estar da sociedade) insculpido no núcleo da livre iniciativa, pois ainda que se verifique uma disputa leal entre empresas concorrentes no mercado, tal disputa deverá, acima de tudo, buscar o bem comum, como, por exemplo, cultivando o meio ambiente, respeitando o consumidor e procedendo ao pagamento dos tributos advindos da relação negocial.

Ademais, o *caput* do art. 170 da CF/88 preconiza que, igualmente à livre iniciativa, a ordem econômica será fundada na valorização do trabalho humano. Isto significa conferir ao trabalho e seus agentes (os trabalhadores) tratamento peculiar³⁴. De acordo com Eros Grau,

Esse tratamento, em uma sociedade capitalista moderna, peculiariza-se na medida em que o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional. Titulares de capital e de trabalho são movidos por interesses distintos, ainda que se o negue ou se pretenda enunciar-los como convergentes. Daí porque o capitalismo moderno, renovado, pretende enunciar-los como convergente.³⁵

Noutras palavras, a Constituição tratou de garantir o mesmo grau de importância entre a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano na ordem econômica, com o fito de se atingir a justiça social. Aliás, o capitalismo deve contribuir para a combinação e efetivação destes valores:

A Constituição Federal de 1988 adotou um sistema de mercado, ou seja, permanece com o sistema econômico capitalista, porém com normas voltadas para a construção de um modelo de Estado Social, com a valorização do trabalho e justiça social. Verifica-se, ainda, o cunho social ao preocupar-se com a redução de desigualdades, erradicação da pobreza e marginalização e busca de pleno emprego. No entanto, para alcançar esses

³³ ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. *A função social da empresa como forma de valorização da dignidade da pessoa humana*. 2006. 241 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Marília, Programa de Mestrado em Direito, Marília, p. 89.

³⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 200.

³⁵ Idem, *ibidem*.

objetivos, o legislador consentiu a intervenção do Estado na economia não somente como participante, mas, também, como regulador. Assim, ao intervir na economia, o Estado tem outra função: fiscalizador, na qual pode controlar o comportamento da iniciativa privada no que tange ao cumprimento dos princípios informadores da ordem econômica; incentivador: por meio do estímulo ao desenvolvimento de atividades econômicas através da concessão de benefícios; e planejamento, que é o principal instrumento para implementar de forma concreta todos os objetivos instituídos.³⁶

Enquanto estiver encarregado da incumbência de incentivador, o Estado deverá criar estímulos ao desenvolvimento da atividade econômica, mas não apenas através da concessão de benefícios. Segundo Castro e Simone

Essa intervenção do Estado na economia pode se dar por meio da tributação mais intensa, em caso da prática de atos que firam o texto constitucional e, particularmente, neste caso, que lesem a livre concorrência. A intervenção também pode ocorrer através da concessão de incentivos fiscais, para empresas que se estabeleçam sob os ditames constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, além dos demais princípios da ordem econômica, e continuem a enveredar por esse caminho.³⁷

À luz do que dispõe o art. 146-A³⁸ da Constituição da República, *lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo*³⁹. Este dispositivo refere-se a uma norma de intervenção por indução, que propicia ao agente alternativas, recebendo incentivos ou desincentivos, quando

³⁶ FERRARO, Suzani Andrade; PEIXINHO, Manoel Messias. *Direito ao desenvolvimento como direito fundamental*. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI, 2012, Niterói, p. 13-33. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uff.php>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

³⁷ CASTRO, Aldo Aranha; SIMONE, Genovez. *Aplicabilidade dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência com vistas ao desenvolvimento econômico*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=48af87b587036693>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

³⁸ Importante consignar que o art. 146-A prevê uma regra e um princípio. A regra é a da competência legislativa, que é a autorização para que sejam instituídos critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios na concorrência. O princípio é o da neutralidade tributária: a tributação que possui o condão de evitar desequilíbrio concorrencial não pode, eventualmente, dar causa ao desequilíbrio. Relaciona-se a ideia de que os tributos não devem causar conseqüências involuntárias na concorrência, devendo se abster de toda e qualquer intervenção que prejudique o mecanismo competitivo do mercado. Todavia, nem sempre a neutralidade tributária será benéfica à sociedade e ao sistema jurídico. Um dos efeitos da neutralidade pode ser inverso aos objetivos da ordem econômica, no caso de um determinado tributo tiver por fim corrigir as distorções, tratando de forma desigual algumas atividades e/ou determinados grupos de agentes econômicos.

Assim, a neutralidade fiscal deve ser vista sob dois aspectos: a) negativos: a política fiscal não deve intervir no mecanismo concorrencial, tendo em vista que não existem desigualdades no mercado; b) positivos: é necessário que se adote uma política fiscal para reequilibrar a concorrência, tendo em vista que esta se encontra desequilibrada por motivos não fiscais.

³⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 mar. 2017.

da prática de determinada atuação⁴⁰. Assim, havendo necessidade, o Poder Legislativo poderá estabelecer, mediante a edição de lei complementar, critérios especiais para prevenção de desequilíbrios na competição, podendo a União, ainda, através de lei (ordinária), estabelecer normas com o mesmo objetivo (ou seja, de garantir o equilíbrio concorrencial).

Além disso, estudar-se-á em capítulo posterior deste trabalho, que a transparência nas informações públicas também é um estímulo para o desenvolvimento da atividade econômica.

Outro princípio que se relaciona diretamente ao neoliberalismo é a livre concorrência, prevista no inciso IV, do art. 170 da CF/88. Trata-se de um desdobramento do princípio da livre iniciativa, sendo definido como a *abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social*⁴¹. Outrossim, o Princípio da Livre Concorrência objetiva que aqueles particulares exploradores do mercado econômico o disputem em pé de igualdade.

O mercado é estruturado pela livre concorrência, devendo estar aberto às leis da oferta e da procura, *não impondo restrições quanto ao número de empresas de um mesmo setor que busquem instalar-se, a fim de conquistar seu espaço*⁴². Destarte, deve ser rechaçada qualquer tipo de restrição que impeça determinada empresa de atuar no mercado, ressalvadas as hipóteses que se traduzam na regulação por parte do Estado.

Com efeito, são objetivos da livre concorrência: a) a tutela do mercado; b) a proteção ao consumidor, que é a parte vulnerável da relação de consumo; c) o impedimento de formação de monopólio artificial⁴³ no mercado, garantindo-se, assim, a igualdade entre os concorrentes.

Salienta-se que o *caput* do artigo 174, já estudado no tópico anterior, transpõe a função interventora mínima do Estado, que é uma das características do modelo neoliberal, ao definir que *como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante*

⁴⁰ CASTRO, Aldo Aranha; SIMONE, Genovez. *Aplicabilidade dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência com vistas ao desenvolvimento econômico*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=48af87b587036693>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

⁴¹ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 256.

⁴² CASTRO, Aldo Aranha; SIMONE, Genovez. *Aplicabilidade dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência com vistas ao desenvolvimento econômico*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=48af87b587036693>>. Acesso em: 10 mar. 2017

⁴³ O monopólio artificial ocorre quando há concorrência imperfeita, em que uma única empresa detém o mercado de um determinado produto ou serviço.

para o setor público e indicativo para o setor privado⁴⁴. Noutros termos, qualquer abuso deverá ser contido pelo Estado⁴⁵. São caracterizadas como abusivas as seguintes condutas:

- a) o domínio de mercado: quando o mercado encontra-se subordinado à vontade do agente econômico dominante;
- b) a eliminação da competição: ocorre quando uma empresa exclui seus concorrentes do mercado, no intuito de auferir lucros de forma isolada;
- c) o aumento arbitrário dos lucros: quando o agente econômico visa obter vantagens desproporcionais aos custos do investimento. Todavia, não deve existir o tabelamento dos preços, pois a sua existência atentaria contra a livre iniciativa e a livre concorrência. O que deve existir é a vigilância sobre os preços (caso seja verificada a abusividade) e não a fixação pelo Poder Público.

No mais das vezes, o domínio dos mercados ocorre através diversos meios, sendo mais comuns os trustes, os cartéis e o *dumping*⁴⁶.

Com efeito, nos termos do § 4º, do art. 173, da CF/88, o abuso que atente contra a livre concorrência deverá ser coibido através de lei. Destarte, na seara infraconstitucional foi criada, em 1994, a Lei n.º 8.884, conhecida como Lei Antitruste Brasileira, com o objetivo de transformar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dar outras providências. Importante pontuar que o CADE é vinculado ao Ministério da Justiça e possui a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos do poder econômico, exercendo, assim, a tutela para prevenção e repressão dos eventuais abusos. Outrossim, as decisões do CADE só poderão ser recorridas no Poder Judiciário.

⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mar. 2017.

⁴⁵ Isso é o que prevê o § 4º, do art. 173 da Constituição Federal: *Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros* (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mar. 2017).

⁴⁶ *Truste (do inglês trust) é a forma de abuso do poder econômico pela qual uma grande empresa domina o mercado e afasta seus concorrentes, ou os obriga a seguir a estratégia econômica que adota. É uma forma impositiva do grande sobre o pequeno empresário. Cartel é a conjugação de interesses entre grandes empresas com o mesmo objetivo, ou seja, o de eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente seus lucros. Diante do poderio econômico desses grupos, o pequeno empresariado acaba por sucumbir e, por vezes, se deixar absorver pelo grupo dominante. O dumping normalmente encerra abuso de caráter internacional. Uma empresa recebe subsídio oficial de seu país de modo a baratear excessivamente o custo do produto. Como o preço é muito inferior ao das empresas que arcam com os seus próprios custos, ficam estas sem condições de competir com aquelas, propiciando-lhes uma inevitável elevação de lucros* (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 954).

Posteriormente, a Lei n.º 12.529/11 revogou quase que a totalidade dos dispositivos contidos na Lei n.º 8.884/94. A finalidade desta nova lei, segundo o seu artigo 1º, é o de estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e *dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico*⁴⁷.

No tocante às infrações, a Lei n.º 12.529/11 definiu de forma muito semelhante à Constituição às condutas que caracterizam abusividade à ordem econômica, como se pode observar no art. 36:

Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV – exercer de forma abusiva posição dominante.⁴⁸

Situação muito interessante é a que disciplina ser infração à livre concorrência (e a livre iniciativa) a sua limitação (inciso I). Aludida limitação será objeto de amplo debate nos capítulos subsequentes deste trabalho, onde será constatado que a mesma advém, erroneamente, por intermédio de previsão legal.

1.2.1 O desenvolvimento e a livre concorrência

A livre concorrência, como já dito, garante a qualquer pessoa o direito de disputar o mercado de forma igualitária em relação ao seu concorrente, cabendo ao Estado o dever de fiscalizar e reprimir qualquer conduta que atente contra este princípio constitucional. Mas, além da liberdade que se encontra no núcleo da livre concorrência, teria esta certo comprometimento junto ao desenvolvimento?

⁴⁷ BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁴⁸ Idem.

Este é um dos assuntos que, em 1999, o economista e filósofo indiano, Amartya Sen⁴⁹ tratou em sua obra *Desenvolvimento como Liberdade*⁵⁰. Segundo Sen, *a privação de liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social, assim como a privação de liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar a privação de liberdade econômica*⁵¹. Dito de outra forma, quanto maior a concessão da liberdade econômica, maior será o grau de contribuição à liberdade social (sendo a sua recíproca também verdadeira). Isso significa que o papel dos mercados (aliado ao estímulo da livre concorrência) traduz-se na liberdade econômica (e social) e que ambas inevitavelmente conduzem ao desenvolvimento.

Em outra passagem de seu livro, Sen afirma que *nas discussões recentes, ao se avaliar o mecanismo de mercado o enfoque tende a ser sobre os resultados que ele produz, como por exemplo as rendas ou as utilidades geradas pelos mercados* (grifo do autor)⁵². Para este autor, os benefícios do mercado é algo inerente à vontade do agente econômico, sejam estes resultantes em rendas (dinheiro ou qualquer outro bem de valor) ou traduzidos em utilidades⁵³. Sen ainda complementa o raciocínio ao dizer: *temos boas razões para comprar e vender, para trocar e para buscar um tipo de vida que possa prosperar com base nas transações. Negar essa liberdade seria, em si, uma grande falha da sociedade*⁵⁴. Nota-se, assim, que a liberdade de empreender, para Sen, é essencial para que a prosperidade seja alcançada, sendo que a sua limitação representaria um retrocesso social.

Evidentemente, não se está a tratar de um mercado no qual exista liberdade plena, em que ocorrem distorções concorrenciais, mas de um que garanta a liberdade de empreender, na qual não prescinde da igualdade de tratamento entre todos os concorrentes. Aliás, a ideia de liberdade atrelada a de igualdade já era reproduzida por Jean-Jacques Rousseau, em 1762, no seu livro intitulado *Do contrato social*:

Se se procura saber em que consiste precisamente o maior dos bens, que deve ser o objetivo de todo sistema de legislação, achar-se-á que se reduz a estes dois objetos principais: a liberdade e a igualdade. A liberdade, porque

⁴⁹ Importante mencionar que Amartya Sen foi um dos criadores do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e que este índice foi fortemente baseado em sua teoria sobre o desenvolvimento.

⁵⁰ Livro que, inclusive, foi determinante para que Sen recebesse o título de prêmio Nobel da economia, no ano de 1999.

⁵¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 23.

⁵² Idem, *ibidem*, p. 136.

⁵³ Utilidade é a tendência das pessoas em alcançar o bem-estar, o belo, a felicidade, as vantagens etc. A utilidade mede o bem-estar de um agente econômico.

⁵⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 136.

toda independência particular é outra tanta força subtraída ao corpo do Estado; a igualdade, porque a liberdade não pode subsistir sem ela.⁵⁵

Ademais, é importante deixar claro que é a condição do agente que deve ser alcançada para se atingir o desenvolvimento, pois esta condição não se preocupa unicamente com o auto-interesse, mas com outras realizações que culminam na realização do bem comum (como o respeito à dignidade da pessoa humana, aos direitos do consumidor, ao meio ambiente, e outros relacionados à ordem econômica):

O papel do agente vai além da busca do bem-estar pessoal e, apesar de não haver nenhuma contradição na existência da condição de agente com o bem-estar individual, Sen enfatiza que os dois não são a mesma coisa e por isso não devem estar atrelados, já que o aspecto do bem estar abrange realizações e oportunidades do indivíduo no contexto de sua vantagem pessoal, enquanto que o aspecto da condição de agente examina as realizações e oportunidades indo além da busca do bem-estar individual.⁵⁶

Por outro lado, analisando a liberdade de empreender sob outro enfoque, o desequilíbrio desta, entre os agentes econômicos, além de ser prejudicial ao setor empresarial, também traz prejuízos aos consumidores, pois mina a capacidade destes de escolhas e liberdades, notadamente em relação à liberdade de consumir produtos do mercado a preços justos⁵⁷. Isso se justifica tendo em vista que a falta de livre concorrência naturalmente acaba por reduzir os bens de consumo, ocasionando o aumento dos preços e a transferência injusta de renda do consumidor para os detentores do poder econômico⁵⁸.

Além disso, tal situação também implica na ocorrência de outros efeitos colaterais como a diminuição do nível de emprego⁵⁹, redução da geração de riquezas e desestimulação do avanço tecnológico. Assim, *é importante, para o bom avanço do processo de desenvolvimento, que o princípio da livre concorrência seja visto como uma limitação, uma*

⁵⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Rolando Roque da Silva. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2244>. Acesso em: 17 mar. 2017.

⁵⁶ SANTOS, Andrea dos. *Desenvolvimento como liberdade em Amartya Sen*. 2013. 79 f. Monografia – Universidade Federal de Santa Catarina, Graduação em Economia e Relações Internacionais, Santa Catarina, p. 30.

⁵⁷ ALFAYA, Natália Maria Ventura da Silva; SIQUEIRA, Patrícia. *A livre concorrência como fator de estímulo ao processo de desenvolvimento pleno no Estado Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7bda457c9196778e>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

⁵⁸ Idem, ibidem.

⁵⁹ Importante frisar que o mercado monopolizado também pode resultar na contratação de trabalhadores por menores salários, à medida que uma empresa (a monopolizadora), supostamente, não terá outra concorrente para cobrir o salário que ela oferece aos seus funcionários.

*limitação aos abusos de poder econômicos, concentrações e desequilíbrios do sistema em todas as suas formas*⁶⁰.

Destarte, a livre concorrência conduz ao desenvolvimento do país, pois: ajuda a garantir o equilíbrio da competição (pois traz consigo a ideia de liberdade jungida a de igualdade); aumenta a liberdade de escolhas e garante os melhores preços ao consumidor; aumenta o emprego e o avanço da tecnologia.

1.3 A LIVRE CONCORRÊNCIA E O SEU PAPEL DE PRINCÍPIO INFORMADOR DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Além de imprescindível a sua aplicação no cotidiano empresarial dos particulares, a livre concorrência deve ser garantida em todos os procedimentos que envolvam a contratação de empresas pela Administração Pública. Estar-se referindo, especificamente, sobre a aplicação do princípio da livre concorrência nas licitações públicas.

A garantia da livre concorrência nas licitações públicas é prevista na Constituição da República, no inciso XXI, do art. 37, que informa:

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: [...]

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.⁶¹ (grifo nosso)

Quanto ao inciso XXI, a oração relativa à defesa da *igualdade de condições a todos os concorrentes* representa a garantia da livre concorrência. Isso porque o princípio da livre concorrência decorre do princípio da igualdade, pois, como dito anteriormente, a livre concorrência deve assegurar que os participantes do mercado o disputem de forma igualitária.

Com efeito, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, *o princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas*

⁶⁰ ALFAYA, Natália Maria Ventura da Silva; SIQUEIRA, Patrícia. *A livre concorrência como fator de estímulo ao processo de desenvolvimento pleno no Estado Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7bda457c9196778e>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

⁶¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 mar. 2017.

*também de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia*⁶².

Assim, a Administração Pública deve estimular a competição sob a guarida da igualdade, não só em relação àqueles que participam das relações negociais privadas, mas para garantir a mesma oportunidade àqueles que desejam participar da sessão licitatória. Exigências que exorbitem a qualificação técnica e econômica devem ser expurgadas dos instrumentos convocatórios, pois atentam contra a igualdade de oportunidades, o que resulta em um descompasso da livre concorrência. Esse é o mandamento também presente na Lei n.º 8.666/93 (Lei de Licitações Públicas), que em seu art. 3º, § 1º, inciso I, disciplina que a licitação é destinada a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, sendo vedado aos agentes públicos *admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo*⁶³. Noutras palavras, o caráter competitivo (ou livre concorrência) do certame deve ser assegurado, refutando-se os atos (cláusulas ou condições) que o violem.

Corriqueiramente, a Administração Pública Municipal insere cláusulas em seus editais que acabam por diminuir a competição entre os sujeitos interessados. Situação igual a essa ocorreu, certa vez, no edital do Pregão Eletrônico da Delegacia Seccional de Polícia de Bragança Paulista/SP que, necessitando contratar serviços de manutenção de viaturas e veículos oficiais, disciplinou no instrumento convocatório cláusula com o seguinte teor:

3.1. A CONTRATADA deverá executar os serviços em oficina capacitada com ferramenta e mão de obra especializada para efetuar todas e quaisquer manutenções preventivas e corretivas que se façam necessárias, devendo estar localizada em um raio máximo de 30 Km da sede CONTRATANTE, pois, não é admissível uma empresa localizada em outro estado ou até mesmo em uma cidade afastada da sede, o que ocorreria um desgaste de tempo precioso, além de ser uma viatura a menos nas ruas.⁶⁴

Indignada com a cláusula anticoncorrencial inserta no instrumento convocatório, a empresa WJM Auto Mecânica Ltda-ME, localizada na cidade de Leme/SP (situada a 170 km

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 526.

⁶³ BRASIL. Lei n.º 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 22 mar. 2017.

⁶⁴ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1004909-77.2014.8.26.0099. Relator: Des. Renato Delbianco. *Pesquisa de jurisprudência*, Acórdãos, 01 novembro 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8775634&cdForo=0&v1Captcha=MVFTt>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

da sede da contratante), decidiu impetrar Mandado de Segurança no intuito de excluir tal exigência para poder participar do certame.

Salienta-se que o juiz de primeiro grau decidiu conceder a segurança à impetrante. Já a impetrada, por sua vez, insurgiu-se através do recurso de apelação, visando manter o conteúdo original do edital. Todavia, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo houve por bem manter a decisão proferida na instância inferior, sob os seguintes argumentos ementados:

Apelação – Mandado de Segurança – Licitação – Pretensão da impetrante, empresa atuante no ramo de prestação de serviços de manutenção de viaturas e veículos oficiais, à exclusão de cláusula restritiva contida em edital licitatório, visando à participação em pregão eletrônico – Alegação de que a cláusula ofende o disposto no art. 3.º, § 1.º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93 – Caracterizada, ainda, ofensa ao princípio da razoabilidade – Ausência de prejuízo experimentado pelo Poder Público – Sentença mantida – Recursos desprovidos.⁶⁵

Constata-se, pela leitura da supracitada ementa, que o dispositivo invocado (art. 3.º, § 1.º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93) é o atinente à proteção da livre concorrência, na qual todos os possíveis interessados em participar da disputa devem ser tratados de maneira isonômica pelo Poder Público. Outrossim, a decisão mencionou a ofensa ao princípio da razoabilidade, pois o impedimento em razão da distância não se mostrou um motivo plausível a justificar o tolhimento do direito do licitante.

Importante destacar, aliás, que a proteção à livre concorrência em matéria de licitação já foi (e continua sendo) tutelada por vários tribunais de justiça no Brasil⁶⁶.

Não obstante, a competição, enquanto pressuposto da licitação, representa a possibilidade de acesso de todos e quaisquer agentes econômicos capacitados à licitação. O que se deve ter em mente é que a licitação é um procedimento que tem a finalidade de satisfazer o interesse público, sendo pautada pelo princípio da isonomia⁶⁷. Eros Grau ensina que

[...] não é admissível que, a pretexto de radical entronização do princípio da *isonomia*, sacrifique-se o interesse público. Nem o inverso é concebível: a entronização do princípio do *interesse público* em sacrifício da *isonomia*.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ *Verbi gratia*: ADI n.º 64420 SC 2002.006442-0, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; ADI n.º 8724520098030000, do Tribunal de Justiça do Amapá; Agravo de Instrumento n.º 14009032120158120000, do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul; Apelação Cível n.º 5487770, do Tribunal de Justiça do Paraná; Embargos de Declaração n.º 220537820108170000, do Tribunal de Justiça de Pernambuco; Agravo de Instrumento n.º 00026091920158050000, do Tribunal de Justiça da Bahia.

⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo (estudos sobre a interpretação da lei)*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 15.

Ambos, princípio do *interesse público* e princípio da *isonomia*, coexistem, completando-se e se conformando, um ao outro, na base do procedimento licitatório (grifo do autor).⁶⁸

Logo, ainda que o interesse público seja o objetivo principal a ser atingido nas licitações públicas, o mesmo deverá coexistir harmonicamente com a livre concorrência. Ora, a ampliação de disputa induz a multiplicação de ofertas e a conseqüente redução dos preços, que resulta em vantagens econômicas para a Administração Pública. Esse é o pensamento de Marçal Justen Filho (da qual se perfilha), que aponta ser a isonomia a grande ferramenta para a ampliação da disputa nas licitações, protegendo-se os interesses coletivos:

A ampliação da disputa significa a multiplicação de ofertas e a efetiva competição entre os agentes econômicos. Como decorrência da disputa, produz-se a redução dos preços e a elevação da qualidade das ofertas, o que se traduz em contratações mais vantajosas para a Administração. Sob esse prisma, a isonomia reflete a proteção aos interesses coletivos. Todo e qualquer integrante da comunidade, mesmo que não potencialmente em condições de participar de uma licitação, tem interesse na ampliação da disputa, na eliminação de exigências abusivas ou desnecessárias. Assim se passa porque a ampliação do universo de licitantes propicia a redução dos gastos públicos.⁶⁹

Destarte, é possível realizar um raciocínio bem simples de ser construído, sendo, inclusive, mero bom senso que: 1) o interesse coletivo deve ser alcançado, nas licitações públicas, através da garantia de iguais oportunidades aos agentes econômicos de participarem do certame; 2) logo, qualquer mecanismo que vise à diminuição da competitividade entre os agentes deve ser evitado; 3) a efetivação da livre concorrência (entenda-se como a igualdade de oportunidades no mercado) acarretará no aumento de ofertas nos certames; 4) o aumento de ofertas resulta na diminuição de preços; 5) a diminuição de preços possibilita ao Poder Público economizar mais, dando melhor destinação ao dinheiro público.

Dessa forma, a conclusão acima destacada pode ser traduzida no seguinte silogismo: o interesse público objetiva a economicidade; a livre concorrência ajuda a garantir este interesse público; logo, a livre concorrência alcança à economicidade.

⁶⁸ Idem, *ibidem*.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 67

1.3.1 A questão dos preços na licitação: a inexecuibilidade do preço e a ofensa à livre concorrência

Estudou-se no tópico anterior que o procedimento licitatório tem a finalidade de garantir a igualdade de oportunidades entre os agentes que pretendam à contratação junto ao Poder Público, bem como de possibilitar a este escolher o agente econômico que melhor atenda ao interesse público. *O binômio interesse público-isonomia constitui a viga mestra do procedimento licitatório*⁷⁰.

Para que o atendimento do binômio *interesse público – isonomia* se concretize, além de a Administração Pública ter o dever de estimular a competitividade, é essencial que a mesma fixe alguns parâmetros atinentes aos preços que serão ofertados pelos licitantes. Tais parâmetros encontram-se positivados no art. 48 da Lei de Licitações:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.⁷¹

De acordo com o inciso I, as propostas que não atenderem às exigências do ato convocatório deverão ser desclassificadas. Todavia, meros vícios formais não podem acarretar na desclassificação da proposta, sob pena de se reduzir a competitividade do certame, o que acarretaria, como já visto outrora, na diminuição da oferta e no possível aumento dos preços⁷². Assim, se a proposta apresentada pelo licitante tiver alcançado a finalidade essencial do objeto da licitação reputar-se à válida, mesmo contendo vício formal.

⁷⁰ DIAS, Eduardo Rocha. *Proposta de menor preço e tutela da livre concorrência nas licitações*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46991/46160>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

⁷¹ BRASIL. Lei n.º 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 22 mar. 2017.

⁷² *Suponha que o edital exige que as páginas das propostas contenham numeração, em algarismos arábicos, grafada no pé da página, do lado direito. Seria descabido desclassificar a proposta que contivesse numeração em algarismos romanos ou em que a numeração estivesse digitada no alto da página* (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 617).

No que tange ao inciso II do art. 48, duas são as regras desclassificadoras: a) quando a proposta possuir valor superior ao limite estabelecido no edital; b) quando os preços ofertados forem manifestamente inexequíveis.

O primeiro caso é mais descomplicado para se desclassificar a proposta da licitante. Isso porque basta que a comissão de licitação se atente ao preço ofertado na proposta e a aquele orçado pelo Poder Público e definido no instrumento convocatório. Se a oferta superar o orçamento, logicamente deverá ser desclassificada, ainda que a empresa seja a única participante da sessão, haja vista a falta de excepcionalidade insculpida na Lei n.º 8.666/93.

No segundo caso (*preços manifestamente inexequíveis*) devem ser utilizadas as regras constantes das alíneas *a* e *b*, do § 1º, do art. 48 da Lei de Licitações, que se referem aos cálculos a serem utilizados para se aferir a inexequibilidade de uma proposta para licitações do tipo menor preço, que tenham por objeto obras e serviços de engenharia^{73/74}. Para tanto, caso a comissão de licitação entenda pela desclassificação de determinada empresa com base nesses critérios, antes deste ato ela deverá dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta, à luz do que determina a Súmula nº 262 do Tribunal de Contas da União.

Mas, ainda que não se esteja diante de algum caso de inexequibilidade de proposta (tanto nos casos de contratações de obras ou serviços de engenharia, quanto nas aquisições de bens ou serviços em geral), seria possível a Administração Pública contratar com uma empresa que ofertasse um preço inferior àquele decorrente das condições de mercado?

⁷³ Art. 48. Serão desclassificadas: [...]

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou

b) valor orçado pela administração. (BRASIL. Lei n.º 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 22 mar. 2017).

⁷⁴ Importante destacar que a desclassificação de proposta por preço inexequível só pode ocorrer com base em critérios objetivos, como os fixados no art. 48 da Lei de Licitações, que se referem a licitações que tenham por objeto a contratação de obras ou serviços de engenharia. Todavia, esta Lei e a Lei n.º 10.520/02 (Lei do Pregão) não previram a possibilidade da utilização de critérios objetivos para desclassificação de propostas relativas a compras e serviços em geral. Mediante tal lacuna, o TCU manifestou-se por intermédio do Acórdão nº 559/2009, da Primeira Câmara, disciplinando que *não cabe ao pregoeiro ou à comissão de licitação declarar a inexequibilidade da proposta da licitante, mas facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exequibilidade das suas propostas*. Tal conduta por parte da Administração (tanto neste caso quanto no previsto pela Súmula nº 262 do TCU) visa assegurar o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa. Logo, ainda que a comissão de licitação entenda ser inexequível a proposta apresentada pela licitante, antes de ser tomada a decisão desclassificatória, aquela deverá permitir que esta comprove ser factível o seu preço.

Hipoteticamente falando, seria um preço inferior ao de mercado, apenas, mas que não atingiria o patamar da inexecutabilidade. Por exemplo:

Uma empresa de grande porte poderia ofertar um valor incompatível com o mercado, mas sua proposta poderia ser executável faticamente. Isto é, mesmo tendo prejuízo, essa empresa executaria os termos pactuados pelo valor do contrato, mesmo sendo este inferior ao que seria de se esperar das condições de mercado e o faria escudada em sua maior pujança econômica.⁷⁵

Vale ressaltar que a licitação deve corrigir os efeitos tanto da competição imperfeita, que representa a alta exacerbada dos preços, onerando os cofres públicos, quanto do excesso de competição, que se traduz na baixa excessiva dos preços, colocando em risco à execução dos contratos⁷⁶.

Se uma empresa de grande porte (como no exemplo acima citado) ao participar de uma licitação reduz o seu preço significativamente, mesmo que essa redução não importe em torná-lo inexecutável, ela deverá ser desclassificada (isso se ficar devidamente comprovada a inviabilidade do preço, situação que só poderá ser aferida, repise-se, após ser concedida a oportunidade de a licitante provar que seu preço é executável), pois a comissão de licitação *não poderá tolerar manobras tendentes à eliminação da concorrência*⁷⁷. Obviamente, aludida conduta viola a ordem econômica e os princípios constitucionais da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico (arts. 170, inciso IV e 173, § 4º, da Constituição Federal).

Portanto, a Administração Pública deve coibir o excesso de competição no procedimento licitatório, acautelando-se contra os preços impraticáveis, seja por serem inexecutáveis ou por eliminarem a competição.

Viu-se, neste capítulo, que a introdução do neoliberalismo no capítulo da ordem econômica e financeira da Constituição Federal não compromete o caráter *welfarista* da mesma; que a livre iniciativa e a livre concorrência são princípios neoliberais que norteiam a ordem econômica; que a livre concorrência conduz ao desenvolvimento do país; que o interesse público objetiva a economicidade, a livre concorrência ajuda a garantir este interesse público, logo, a livre concorrência alcança à economicidade; e que a Administração Pública deve coibir o excesso de competição, pois ela visa à eliminação da competição nos procedimentos licitatórios.

⁷⁵ DIAS, Eduardo Rocha. *Proposta de menor preço e tutela da livre concorrência nas licitações*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46991/46160>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

⁷⁶ Idem, *ibidem*.

⁷⁷ Idem, *ibidem*.

2. A LEGISLAÇÃO ACERCA DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

A licitação pública é um mecanismo utilizado pelas repartições públicas e possui a finalidade de realizar as compras e contratações de serviços necessárias ao atendimento da coletividade. Esta é a definição genérica sobre o assunto.

Mas, qual seria a definição específica e jurídica do termo *licitação*?

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

Licitação – em suma síntese – 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. Estriba-se na ideia de *competição*, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.⁷⁸ (grifo do autor)

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro

[...] pode-se definir a licitação como 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.⁷⁹

José Afonso da Silva, por sua vez, além de conceituar a licitação, também discorre sobre esta ser um princípio:

Licitação é um procedimento administrativo destinado a provocar propostas e a escolher proponentes de contratos de execução de obras, serviços, compras ou de alienações do Poder Público. O *princípio da licitação* significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Públicos.⁸⁰ (grifo do autor)

Em termos simples, licitação é um procedimento específico anterior à assinatura do contrato na qual o Poder Público se utiliza para adquirir bens ou contratar serviços por preços módicos, objetivando economizar o dinheiro público. Ademais, o ente público deverá agir

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 517.

⁷⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo, Atlas: 2014, p. 373.

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 672.

sempre com imparcialidade quando da realização do procedimento, bem como garantir a igualdade de tratamento a todos os interessados em participar do certame.

Salienta-se que a Lei n.º 8.666/93 surgiu quase que conjuntamente ao *impeachment* de Fernando Collor, momento marcado de profunda recessão econômica. O clamor popular que ecoava, à época, era o da institucionalização de mecanismos administrativos que tratassem o erário de forma leal, econômica, imparcial, e esse foi o lema para a elaboração da Lei de Licitações.

Neste capítulo será analisada a evolução histórica da licitação pública, no Brasil, desde os seus primórdios até a legislação atualmente utilizada, dando maior destaque ao princípio da publicidade.

2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LICITAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Historicamente, constata-se a primeira regulamentação de contratações públicas no Decreto n.º 2.926, de 14 de maio de 1862, que objetivava estabelecer *regras e clausulas geraes para as arrematações e execução dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas*⁸¹.

Segundo o art. 1º do Decreto,

logo que o Governo resolva mandar fazer por contracto qualquer fornecimento, construccão ou concertos de obras cujas despezas corraõ por conta do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, [...] será publicado annuncios, convidando concurrentes, e fixará, segundo a importancia da mesma arrematação, o prazo de quinze dias a seis mezes para a apresentação das propostas.⁸²

Mesmo não havendo menção ao termo licitação no Decreto, denota-se que o procedimento adotado (ainda que não possuísse as especificidades contidas na legislação atual) possuía finalidade idêntica ao modelo contemporâneo, pois buscava garantir a contratação mais vantajosa por meio da atração do maior número de licitantes.

⁸¹ BRASIL. Decreto n.º 2.926, de 14 de maio de 1862. Approva o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

⁸² Idem.

Após o Decreto n.º 2.926/1862 sobreveio o Decreto n.º 4.536/1922, conhecido como Código de Contabilidade da União, que disciplinava, dentre outros assuntos, a concorrência pública (Capítulo IV – da despesa pública).

O art. 50 dispunha o seguinte: *a concorrência pública far-se-á por meio de publicação no Diário Oficial, ou nos jornais oficiais dos Estados, das condições a serem estipuladas e com a indicação das autoridades encarregadas da adjudicação, do dia, hora e lugar desta*⁸³. Mais uma vez, mesmo sem fazer menção ao termo licitação, este decreto exigia a publicação do aviso do certame, notadamente visando a ampla competitividade para fins de economia na contratação.

Cumprido salientar, ainda, que houve alterações posteriores neste decreto que culminaram na criação das primeiras modalidades de licitação: a concorrência pública, que estava prevista no próprio texto do Código de Contabilidade da União (art. 49); a concorrência administrativa, que surgiu através do art. 738 do Regulamento Geral da Contabilidade Pública (Decreto n.º 15.783/1922); a coleta de preços, surgida tardiamente, por intermédio do Decreto-Lei n.º 2.206/1940, que objetivou a alteração do Código da Contabilidade Pública⁸⁴.

Em seguida, em 1964, a Lei n.º 4.401 disciplinou as faixas de valores na qual seriam utilizadas as modalidades de licitação: a concorrência pública (contratações com valor superior a quinhentas vezes o maior salário-mínimo), a concorrência administrativa (contratações com preço igual ou inferior a quinhentas vezes o valor do maior salário-mínimo) e a coleta de preços (contratações com preço inferior a cem vezes o valor do maior salário-mínimo)⁸⁵. Interessante pontuar, além disso, que o art. 3º desta lei disciplinava que *a coleta de preços far-se-á mediante carta-convite expedida, pelo menos a 3 (três) - licitantes e com 5 (cinco) dias úteis no mínimo de antecipação, verificada por protocolo*⁸⁶. Nota-se que a lei não se preocupava com a publicação do aviso da carta-convite, sendo processada silenciosamente, podendo a Administração convidar apenas quem lhe conviesse. É notório

⁸³ BRASIL. Decreto n.º 4.536, de 28 de janeiro de 1922. Organiza o Código de Contabilidade da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4536.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

⁸⁴ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 90-91.

⁸⁵ Cumprido enfatizar que estes valores eram atinentes a contratações que envolvessem a execução de serviços ou obras. Para os demais objetos (aquisição de materiais e equipamentos), previa a lei que seria utilizada: a concorrência pública toda vez que a contratação tivesse montante igual ou superior a quinhentas vezes o valor do salário-mínimo; a concorrência administrativa quando a contratação possuísse montante inferior a quinhentas vezes o valor do maior salário-mínimo e; a coleta de preços para aquisições de montante inferior a oitenta vezes o valor do maior salário-mínimo.

⁸⁶ BRASIL. Lei n.º 4.401, de 10 de setembro de 1964. Estabelece normas para a licitação de serviços e obras e aquisição de materiais no Serviço Público da União, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4401.htm>. Acesso em: 06 abr. 2017.

que tal discricionariedade do administrador violava o princípio da livre concorrência, na medida que impedia eventuais interessados de participarem do certame.

Posteriormente foi publicado o Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispunha *sobre a organização da Administração Federal, estabelecendo diretrizes para a Reforma Administrativa, dando outras providências*⁸⁷.

Salienta-se que pela primeira vez na história das contratações públicas foi utilizada a expressão licitação, no Título XII, que previa as *normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações*⁸⁸. Da mesma forma, fora a primeira vez que se intitulava a licitação como um princípio (art. 126).

O Decreto-Lei n.º 200 também previa, em seu art. 127, as novas denominações das modalidades de licitação: a concorrência, a tomada de preços e o convite. Embora este artigo previsse apenas essas modalidades como licitação, o art. 143 admitia, da mesma forma, o leilão dentre as espécies licitatórias, nas hipóteses em que fossem realizadas alienações pelo Poder Público. Além disso, de maneira silenciosa, o decreto disciplinou como sendo outra modalidade o concurso, ao definir que *a elaboração de projetos poderá ser objeto de concurso, com estipulações de prêmios aos concorrentes classificados, obedecidas as condições que se fixarem em regulamento*⁸⁹.

Como existia uma correlação muito grande entre as modalidades utilizadas anteriormente e as atualmente reconhecidas, importante que se faça o seguinte exame comparativo:

A designação genérica do instituto hoje denominado “licitação” era feita pelo vocábulo “concorrência”. A modalidade anteriormente designada “concorrência pública” passou a denominar-se simplesmente “concorrência” (o nome que designava o gênero passou a designar uma das espécies). A antiga “concorrência administrativa” corresponde hoje à “tomada de preços”, e, por último, a chamada “coleta de preços” (também designada “tomada de preços” por alguns autores) foi substituída pelo “convite”. A coincidência ou a semelhança entre as denominações atribuídas a essas modalidades foi suficiente para ensejar muitas confusões à época de transição da antiga para a nova legislação, e, ainda hoje, a nova nomenclatura não se firmou completamente.⁹⁰

⁸⁷ BRASIL. Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 06 abr. 2017.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 90.

Não obstante o aludido Decreto tivesse disciplinado, direta ou indiretamente, cinco modalidades de licitação (concorrência, tomada de preços, convite, leilão e concurso), sendo que estas possuíam características bem diferentes das previstas na legislação em vigor, é importante que façamos algumas considerações sobre o convite, que será objeto de aprofundamento nos tópicos posteriores deste trabalho.

Com efeito, dispunha o art. 127, § 4.º que *convite é a modalidade de licitação entre interessados no ramo pertinente ao objeto da licitação, em número mínimo de três, escolhidos pela unidade administrativa, registrados ou não, e convocados por escrito com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis*⁹¹. Depreende-se, pela leitura deste texto normativo, que a Administração Pública poderia simplesmente ignorar a livre concorrência e apenas realizar o procedimento licitatório com quem ela bem entendesse, desde que fossem convocados pelo menos três agentes econômicos para participar do certame. Inclusive, de maneira lógica (mesmo sendo anticoncorrencial) o art. 129 previa que a publicidade das licitações seria assegurada, na concorrência, mediante publicação em órgão oficial e na imprensa diária, e na tomada de preços, mediante afixação de edital (procedimento que é adotado na modalidade convite da Lei de Licitações atual), aquietando-se sobre o convite. Oportunamente, estudaremos que, embora tivessem sido realizadas mudanças no processamento do convite, a ofensa à livre concorrência ainda persiste.

Não demorou muito tempo até que houvesse a aplicação das normas relativas às licitações previstas no Decreto-Lei n.º 200/1967 aos Estados e aos Municípios, tendo este fato ocorrido com a promulgação da Lei n.º 5.456/1968, que continha apenas quatro artigos e praticamente informava sobre a referida simetria⁹².

Em seguida, no ano de 1981 (época da ditadura militar), foi publicada a Lei n.º 6.946/1981, que teve a finalidade de atualizar os limites dos valores aplicáveis às modalidades de licitação (concorrência, tomada de preços e convite) e simplificar a organização de cadastro dos licitantes, bem como exigir outras comprovações do licitante na fase habilitatória

⁹¹ BRASIL. Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 06 abr. 2017.

⁹² BRASIL. Lei n.º 5.456, de 20 de junho de 1968. Dispõe sobre a aplicação aos Estados e Municípios das normas relativas as licitações previstas no Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5456.htm>. Acesso em: 08 abr. 2017.

da licitação (capacidade jurídica e regularidade fiscal, capacidade técnica e idoneidade financeira)⁹³.

Todavia, em 1986 houve a edição do Decreto-Lei n.º 2.300, que revogou as disposições constantes do Decreto-Lei n.º 200/1967, sendo o primeiro instrumento normativo a tratar unicamente sobre licitações e contratos da Administração Federal. Dentre todos os modelos até então estudados, pode-se dizer que o Decreto-Lei n.º 2.300/1986 é o que possui a estrutura mais semelhante à Lei n.º 8.666/93. Isso porque, da mesma forma como ocorre na Lei n.º 8.666, o referido decreto-lei se inicia tratando sobre os princípios básicos da licitação⁹⁴; traz uma sessão sobre as definições de termos corriqueiros que são utilizados ao longo do texto normativo (definição de obra, serviço, compra, alienação, entre outros). Ademais, disciplinava as modalidades licitatórias⁹⁵, os limites e dispensa de licitação, a habilitação, os registros cadastrais, os contratos e toda a matéria relacionada ao mesmo (alteração e execução contratual), as penalidades, entre outras disposições simétricas à lei licitatória vigente.

Embora tivesse ocorrido um real avanço sobre o tema, em vista da instituição de um ato normativo próprio, a modalidade licitatória convite ainda carregava consigo o mesmo vício de outrora: a violação à livre concorrência. Nos termos do art. 20, § 3º, *convite é a modalidade de licitação entre, no mínimo 3 (três) interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos pela unidade administrativa*⁹⁶. Novamente o legislador não possibilitou a participação por qualquer agente econômico que não tivesse sido convidado pelo Poder Público a participar do certame. Logo, apenas as espécies concorrência, tomada de preços⁹⁷, concurso e leilão contemplavam a participação de quaisquer interessados.

⁹³ BRASIL. Lei n.º 6.946, de 17 de setembro de 1981. Atualiza os limites de valor aplicáveis às diferentes modalidades de licitações, simplifica a organização de cadastros de licitantes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6946.htm>. Acesso em: 09 abr. 2017.

⁹⁴ Contudo, o decreto não contempla todos os princípios insertos na Lei n.º 8.666/93, mas, tão somente, os princípios da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo (art. 3º).

⁹⁵ De maneira diversa ao disciplinado no decreto anterior, o Decreto-Lei n.º 2.300 tratou de mencionar de forma explícita, no art. 20, todas as modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

⁹⁶ BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁹⁷ A tomada de preços apresentou uma notável alteração em relação à publicidade de seu certame (e consequente estímulo da competitividade), pois, previu no art. 19 que *as concorrências e tomadas de preços, embora realizadas no local da repartição interessada, deverão ser publicadas com a antecedência referida no § 5º do art. 32, no Diário Oficial local e, contemporaneamente, noticiadas no Diário Oficial da União* (Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017).

Salienta-se que, no ano seguinte à promulgação do supracitado decreto-lei, houve a edição dos Decretos-Lei n.ºs 2.348 e 2.360 de 1987, que se prestaram a alterar o conteúdo de alguns dispositivos elencados no Decreto-Lei n.º 2.300/1986, contudo, nenhuma dessas modificações tiveram o condão de aumentar a competitividade do convite.

Ulteriormente, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) a licitação passou a receber *status* de princípio constitucional, de observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira, dentre todas as constituições já existentes, a fazer menção ao termo licitação. O fato de a licitação ter sido alçada com *status* de princípio robusteceu ainda mais a importância da obrigatoriedade na realização de seu procedimento pelo Poder Público. Segundo Sílvio Roberto Seixas Rego:

[...] a magnitude de um princípio constitucional é tamanha, que motivou Celso Ribeiro Bastos a se manifestar no sentido de que a não observância de um princípio informador de determinado sistema é muito mais grave do que a violação da própria lei aplicada. Segundo o festejado constitucionalista, a infração da lei é mal menor se considerada em relação à não observância de um princípio, eis que este último traduz-se na própria estrutura informadora da norma. Ao contrário da norma que somente possui eficácia nas situações por ela disciplinadas, os princípios, em razão de sua abstratabilidade sem conteúdo concreto, açambarcam, ao contrário da lei, um número indeterminado de situações fornecendo critérios para a formação das leis. Aspecto relevante da aplicabilidade dos princípios diz respeito aos critérios que estes fornecem para uma sólida, justa, lógica e legal interpretação da lei.⁹⁸

Analisando-se a estrutura da Constituição observa-se, num primeiro momento, que a menção à palavra licitação foi feita no art. 22, inciso XXVII, na qual estabelece que compete privativamente à União legislar sobre

[...] normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III⁹⁹;

⁹⁸ REGO, Sílvio Roberto Seixas. *Processo licitatório: contraditório e ampla defesa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: EDIPRO, 2003, p. 63.

⁹⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

No que tange à expressão *normas gerais*, a mesma deve ser entendida como *todas as disposições da lei aplicáveis indistintamente às licitações e contratos da União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, bem como de seus desmembramentos autárquicos e paraestatais*¹⁰⁰. Além disso, continuava a faculdade de os Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios editarem normas peculiares para suas licitações e contratos administrativos de obras, serviços, compras e alienações, da mesma maneira como se fazia quando da vigência do Decreto-Lei n.º 200/67, da Lei n.º 5.456/68 e do Decreto-Lei n.º 2.300/86¹⁰¹.

Outrossim, o inciso XXVII do art. 22 da CF/88 também faz referência a dois dispositivos relacionados à licitação: o art. 37, inciso XXI, e o art. 173, § 1º. O primeiro deles dispõe que

[...] 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.¹⁰²

Estudar-se-á, oportunamente, se as modalidades licitatórias existentes garantem a exigência contida no trecho, relativa à *igualdade de condições a todos os concorrentes*.

O segundo dispositivo (art. 173, § 1º), por sua vez, que foi acrescido por intermédio da Emenda Constitucional n.º 19/98¹⁰³, *faz previsão de lei que estabeleça o estatuto jurídico de empresas públicas e sociedades de economia mista, dispondo, entre outros aspectos, sobre licitação para tais entidades*¹⁰⁴.

Aliás, com a promulgação da Constituição da República, havia a necessidade da alteração do Decreto-Lei n.º 2.300/86 para fins de atualização deste ato normativo aos moldes constitucionais. Tanto que a ementa da Lei n.º 8.666/93 (a popular Lei Geral de Licitações), que revogou o Decreto-Lei n.º 2.300, dispõem que a referida lei possui a finalidade de

¹⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 274.

¹⁰¹ Idem, *ibidem*, p. 274.

¹⁰² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

¹⁰³ BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de junho 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

¹⁰⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 227.

regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública e dar outras providências.

Uma das inovações desta lei foi a ampliação do rol dos princípios elencados no Capítulo I, passando a prever os princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. Outra novidade da lei foi a inserção de capítulo específico atinente às sanções administrativas e a tutela judicial.

Salienta-se que uma característica marcante da lei, e que já tinha previsão desde a edição do antigo regulamento (Decreto-Lei n.º 2.300/86), é em relação ao seu procedimento. Segundo a lei geral vigente, no dia designado para a sessão de licitação cada interessado deverá entregar à comissão dois envelopes: um contendo documentos para habilitação, outro contendo a proposta comercial. A lei ainda disciplina que primeiro deverá ser aberto o envelope contendo os documentos de habilitação. Caso a habilitação do licitante esteja de acordo com o que exige o texto normativo, ele será declarado habilitado e somente após este ato a comissão abrirá o envelope de proposta. Outrossim, a melhor oferta será constatada na verificação da proposta de preços, não sendo permitidos lances orais e sucessivos visando a diminuição do valor da proposta

Quanto às modalidades licitatórias, a Lei n.º 8.666/93 manteve as mesmas positivadas no ato normativo anterior. Com relação à modalidade convite, mudanças foram realizadas no sentido de permitir a participação de agentes econômicos que não tivessem sido convidados, desde que estivessem previamente cadastrados (art. 22, § 3º). Ainda de acordo com a lei, a publicidade desta espécie licitatória passaria a ocorrer pela afixação de cópia do instrumento convocatório em local apropriado da unidade administrativa (art. 22, § 3º). Em comparação ao decreto-lei anterior, houve uma melhor aceitação à livre concorrência, na medida em que se possibilitou a participação de sujeitos que não tivessem sido convidados pelo Poder Público. Contudo, como se verá adiante, tal medida não se mostra totalmente eficaz para contemplar a livre concorrência em sua totalidade.

Após a edição da Lei de Licitações, sobrevieram as Leis n.ºs 8.883/1994¹⁰⁵, 9.648/1998¹⁰⁶ e 9.854/1999¹⁰⁷ que alteraram o conteúdo de alguns de seus dispositivos. Segundo Melo:

¹⁰⁵ BRASIL. Lei n.º 8.883, de 08 de junho de 1994. Altera dispositivos da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8883.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

Com o surgimento da Lei 8.883 reintroduziu-se o império da razão e da normalidade jurídica, pois a Lei 8.666 havia sido alterada pelas grotescamente inconstitucionais Medidas Provisórias 351, de 16.9.93, 360, de 18.10.93, 372, de 17.11.93, 388, de 16.12.93, 412, de 14.1.94, 429, de 16.2.94, 450, de 17.3.94, e 472, de 15.4.94. Esta catadupa de inconstitucionalidades teve início porque a primeira destas medidas provisórias não foi convertida em lei no prazo constitucional de 30 dias, pois o Legislativo não aprovou. Com isto, perdeu sua eficácia desde o início, conforme prescrevia o art. 62, § 3º, da Constituição. O Congresso, entretanto, transformou-a em projeto de lei, cuja tramitação se iniciara e se delongaria (foi este projeto que, afinal, se transformou na Lei 8.883). Em face desta reprovação, o Executivo – pasme-se! -, insurgindo-se contra o Legislativo, passou a editar seguidas medidas provisórias para manter em vigor as disposições que veiculou através da primeira delas, e aproveitou para fazer, ulteriormente, novas alterações. Com este objetivo, reeditava tais medidas a cada mês, pois nenhuma delas recebia aprovação. Todas, inclusive a primeira delas, como é óbvio, eram flagrantemente inconstitucionais, desde logo – e de fora parte outras razões que viciaram as subseqüentes -, por falta de “urgência e interesse público relevante” para supeditá-las. Com efeito, ditas expressões constitucionais (interesse público relevante e urgência) condicionam a edição das medidas provisórias e não são palavras ocas ou de conteúdo determinável ao sabor do Presidente da República e seus acólitos. Pelo contrário, têm limites reconhecíveis, conforme esclarecemos no Capítulo II, nos ns. 29 e SS., notadamente 31, 32, 34 e 35.¹⁰⁸

Quase dez anos depois, com o advento da Lei n.º 10.520/2002, foi criada uma modalidade de licitação mais célere, o Pregão, na sua forma eletrônica e presencial. Sobre esta lei é importante pontuar o seguinte: a) o pregão apenas se presta para a aquisição de bens e serviços comuns, não tendo o legislador disciplinado a sua viabilidade para a contratação de obras e serviços de engenharia; b) no pregão, diferentemente do que ocorre nas modalidades da Lei n.º 8.666/93, há a inversão das fases no procedimento da sessão: primeiro é aberto o envelope de proposta dos licitantes, só se procedendo a abertura do envelope de habilitação daquele que for declarado detentor da melhor oferta; c) a lei prevê maior efetividade na contratação, pois possibilita que após a abertura do envelope de proposta sejam procedidos

¹⁰⁶ BRASIL. Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998. Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9648cons.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei n.º 9.854, de 27 de outubro de 1999. Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regula o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9854.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

¹⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 520.

aos lances verbais e sucessivos; d) que, de forma subsidiária, podem ser aplicadas as normas da Lei n.º 8.666/93¹⁰⁹.

Por fim, mais recentemente, foi instituída a Lei n.º 12.462/2011, conhecida como o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

O contexto histórico do surgimento do RDC é importante para se entender o que motivou a sua criação. O período de sua edição (2011) era o mesmo de iminentes eventos esportivos que aconteceriam num futuro breve, no Brasil: a Copa das Confederações (2013), a Copa do Mundo de 2014, as Olimpíadas e as Paraolimpíadas de 2016¹¹⁰. Não se tratava, pois, de mera coincidência, pois havia a necessidade de se estabelecer um regime de contratação eficiente, econômico e célere, que se distanciasse do regime de licitação geral. Assim, estes motivos (eventos esportivos) foram a grande mola propulsora para a criação do RDC.

Com relação ao seu procedimento, o art.12 da Lei do RDC prevê a possibilidade de a fase de julgamento de propostas anteceder à de habilitação, da mesma forma como ocorre na modalidade licitatória pregão. Na prática, a possibilidade de inversão de fases, cumulada com a possibilidade de lances, tem se mostrado uma contratação mais atrativa ao Poder Público¹¹¹.

Além disso, na Lei do RDC não existem modalidades de licitação. O procedimento no RDC é todo pautado nas etapas do art. 12 da Lei n.º 12.462/2011, sem, contudo, estabelecer qualquer modalidade.

Dessa forma, observou-se neste capítulo a evolução histórica das licitações públicas no ordenamento jurídico nacional, desde o seu primórdio, no Decreto n.º 2.926/62 (embora não houvesse menção expressa à palavra licitação) até a sua previsão no Regime Diferenciado de Contratação (RDC). Salienta-se que as leis mais recentes sobre o tema, notadamente, as Leis n.ºs 8.666/93, 10.520/02, serão objeto de estudo mais aprofundado no capítulo seguinte, pois, ambas serão abordadas à luz do princípio da publicidade.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

¹¹⁰ BRASIL. Lei n.º 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

¹¹¹ No entanto, nos termos do parágrafo único do art. 12, estas fases poderão ser invertidas, passando a fase de habilitação a anteceder à do julgamento de proposta, desde que disciplinado em edital.

2.2 A LEI GERAL DE LICITAÇÕES E A LEI DO PREGÃO: UMA ABORDAGEM ACERCA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Muito se fala acerca do princípio da publicidade na Administração Pública, tema corriqueiro em tempos atuais e que desperta algumas dúvidas sobre a sua aplicabilidade. Qual seria a sua finalidade e para que ele se prestaria nas licitações? A sua aplicação, nas contratações públicas, conduziria o país ao desenvolvimento?

Pelo princípio da publicidade o Poder Público não deve praticar atos obscuros, em segredo perante a sociedade e aos órgãos de controle, devendo divulgar suas ações de forma ética e democrática. Aliás, a publicidade recebeu tratamento constitucional, previsto no *caput* do art. 37 da mesma: *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 [...]*¹¹². Destarte, a publicidade *significa atrelar as decisões do governo à autoridade da cidadania, seja por meio de instituições, seja da participação da própria sociedade nos processos de escolhas e decisões públicas*¹¹³.

Com efeito, duas são as finalidades do princípio da publicidade: assegurar a transparência pública e, em se tratando de licitações públicas, de também garantir a livre concorrência.

Com relação à primeira finalidade, de acordo com Pedro Lenza, *o princípio da publicidade é ínsito ao Estado democrático de direito e está intimamente ligado a perspectiva de transparência, dever da Administração Pública, direito da sociedade*¹¹⁴.

Pode-se afirmar que a transparência pública é sustentada por dois institutos jurídicos, quais sejam: a cidadania e o direito à informação¹¹⁵. A cidadania é o exercício dos direitos e deveres civis, políticos e sociais que se encontram positivados na legislação. Já o direito à informação representa o (fácil) acesso a informações públicas que são de interesse da população. Gilmar Ferreira Mendes complementa o raciocínio ao afirmar que *o princípio*

¹¹² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

¹¹³ FILGUEIRAS, Fernando. *Além da transparência: accountability e política da publicidade*. *Lua Nova* [online]. 2011, n.84, pp.65-94. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n84/a04n84.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

¹¹⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.163.

¹¹⁵ Art. 5º [...] 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, ressalvadas¹¹⁵ aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017).

*democrático opera em mão dupla. O acesso às informações governamentais que proporciona o princípio da transparência fortalece a democracia; do mesmo modo, o fortalecimento desta estimula um maior acesso àquelas informações*¹¹⁶. Logo, devem existir mecanismos que divulguem tais informações relevantes ao povo para que estes possam se organizar e participar das questões públicas. É esse fim que a transparência pública deve buscar.

Em se tratando de licitações, a transparência possibilita ao administrado fiscalizar o administrador enquanto representante do povo, para fins de comprovação do bom aproveitamento do dinheiro público. Tamanha relevância possui o assunto que, inclusive, a Lei de Acesso à Informação¹¹⁷ (Lei n.º 12.527/2011) deu tratamento especial.

O art. 7º da LAI dispõe, no inciso VI, que o acesso à informação compreende, entre outros, o direito de obter *informações pertinentes à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos*¹¹⁸.

A publicação de editais nos sítios eletrônicos e de seus avisos nos órgãos oficiais, por exemplo, é um direito que o cidadão tem de se cientificar sobre o que o Poder Público está contratando e o por quanto ele irá contratar. Além disso, não só a publicação de editais, mas outros atos necessários para o deslinde da licitação devem ser publicados no *site* do órgão/entidade, em obediência ao princípio da transparência dos serviços públicos (como a homologação, extratos de contratos, ou eventuais impugnações e recursos que possam existir contra o procedimento licitatório).

Da mesma forma, deverá haver a publicação do resumo do instrumento contratual (ou dos seus aditamentos) na imprensa oficial, para que a população se cientifique sobre as

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Capítulo IX: Da Transparência, Controle e Fiscalização. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Orgs.). *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 353.

¹¹⁷ Não obstante a n.º Lei 12.527/2011 ser específica ao tema da transparência, ainda existem na legislação outros dispositivos tendentes a dar-lhe cumprimento. São os casos: da Lei n.º 101/2000 (popularmente conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, esta lei estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e possui uma seção que trata especificamente sobre o tema, *intitulada da transparência da gestão fiscal*); do Decreto n.º 7.185/2010 (trata sobre o padrão mínimo de qualidade do sistema integrado de administração financeira e controle, no âmbito de cada ente da Federação, de acordo com o que preceitua o parágrafo único, inciso III, da Lei de Responsabilidade Fiscal); do Decreto n.º 7.724/2012 (possui a finalidade de regulamentar a Lei de Acesso à Informação no âmbito do Poder Executivo Federal); das Leis n.ºs 8.666/1993 e 10.520/2002 (a obrigatoriedade da publicação dos avisos de editais e extratos de contratos em órgãos oficiais, bem como as sessões serem abertas ao público, são apenas alguns exemplos que tratam da transparência); da Lei n.º 9.784/1994 (regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal); da Lei n.º 10.257/2001 (descreve sobre a gestão democrática e a audiência do Poder Público municipal como mecanismos para participação da população nas questões públicas).

¹¹⁸ BRASIL. Lei n.º 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 n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n.º 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n.º 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/12527.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

principais obrigações que foram acordadas entre o fornecedor e a administração pública, nos termos do que determina o parágrafo único do art. 61¹¹⁹ da Lei de Licitações.

De acordo com Meirelles,

A publicação que produz efeitos jurídicos é a do órgão oficial da Administração, e não a divulgação pela imprensa particular, pela televisão ou pelo rádio, ainda que em horário oficial. Por *órgão oficial* entendem-se não só o *Diário Oficial* das entidades públicas, impresso ou pela forma eletrônica pela rede mundial de computadores – *Internet*, no endereço do órgão público, como, também, os jornais contratadas para essas publicações oficiais. Vale ainda como publicação oficial a afixação dos atos e leis municipais na sede da Prefeitura ou na Câmara, onde não houver órgão oficial, em conformidade com o disposto na Lei Orgânica do Município.¹²⁰
(grifo do autor)

Destarte, restou demonstrado que quando a Administração Pública utiliza-se da publicação, informando sobre realização de seus atos, ela esta possibilitando ao cidadão a oportunidade de exercer o seu direito de cidadania, ao passo que permite uma melhor fiscalização deste em relação à coisa pública. Em se tratando de licitações, a publicidade visa demonstrar ao cidadão que o dinheiro público foi utilizado da melhor forma possível, em obediência ao princípio da economicidade.

Ademais, a publicidade propicia a consagração do direito humano ao desenvolvimento, tendo em vista que as sanções impostas ao mau administrador, cumulada à obrigatoriedade da transparência pública direcionam as ações do agente público, obrigando-o a agir de acordo com a legislação. Consequentemente, tais amarras (repise-se: sanções e transparência) asseguram à obrigação na realização de investimentos financeiros capazes de possibilitar o desenvolvimento nacional em todas as suas vertentes (aqui, notadamente, estar-se-á referindo ao desenvolvimento econômico do país).

Se a publicidade, nas licitações públicas, traz os benefícios acima transcritos ao cidadão, ela também dá efetividade ao princípio da livre concorrência. Isso porque ela possui a finalidade de cientificar os agentes econômicos sobre eventuais oportunidades econômicas colocadas à disposição pela Administração Pública. As modalidades licitatórias previstas nas

¹¹⁹ Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.

¹²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 97.

Leis n.º 8.666/93 e n.º 10.520/02 apresentam a publicidade em seus procedimentos, de acordo com as características de cada uma.

A concorrência, prevista no § 1º, do art. 22 da Lei de Licitações, *é a modalidade licitatória genérica, precedida de ampla divulgação, da qual podem participar quaisquer interessados que preencham as condições estabelecidas no instrumento convocatório*¹²¹. Trata-se de licitação de grande valor econômico, sendo obrigatória, quando o valor estimado desta estiver acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), nos casos de obras e serviços de engenharia (art. 23, inciso I, alínea *c* da Lei 8.666/93). Nos demais objetos (aquisição de bens e serviços comuns), a concorrência deverá ser utilizada sempre que o valor da contratação ultrapassar R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), de acordo com o art. 23, inciso II, alínea *c*, da Lei de Licitações.

Na concorrência, assim como na tomada de preço, no concurso e no leilão, a Lei de Licitações determina (art. 21) que os avisos contendo os resumos dos editais devem 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;

II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

§ 1º O aviso publicado conterá a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.¹²²

Assim, a publicação nos jornais acima referenciados indicando o local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital assegura a eventual participação destes e o conhecimento por toda a sociedade. *O defeito na divulgação do instrumento*

¹²¹ MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 344.

¹²² BRASIL. Lei n.º 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 22 mar. 2017.

*convocatório constitui indevida restrição à participação dos interessados e vicia de nulidade o procedimento licitatório, devendo ser pronunciado a qualquer tempo*¹²³.

A tomada de preços é a modalidade de licitação que é exigida quando o contrato possuir preço médio, ou seja, quando ele estiver acima do valor limite para o convite e abaixo do valor limite da concorrência. Ela deverá ser utilizada pela Administração Pública quando o objeto a ser licitado possuir: valor entre R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), em se tratando da aquisição de bens e serviços comuns ou; valor entre R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil) e R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), em se tratando de contratação de obras e serviços de engenharia.

Nos termos do art. 22, § 3º da Lei de Licitações, para a modalidade de licitação acima poderão participar do certame:

(a) às pessoas previamente inscritas em cadastro administrativo, organizado em função dos ramos de atividades e potencialidades dos eventuais proponentes, e (b) aos que, atendendo a todas as condições exigidas para o cadastramento, até o terceiro dia anterior à data fixada para recebimento das propostas, o requeiram e sejam, destarte, qualificados.¹²⁴

Com relação à publicidade do aviso do edital, viu-se anteriormente que ela deverá seguir o mesmo formato do procedimento da concorrência, ou seja, deverá ser efetivada a publicação via imprensa.

No que tange a modalidade concurso, o doutrinador Dallari define tal espécie como

[...] a modalidade de procedimento licitatório especificamente destinado à contratação de serviço técnico ou trabalho artístico, efetuado mediante convocação genérica de um número indeterminado de pessoas que aceitem a remuneração previamente estabelecida, cuja idoneidade pode ser verificada tanto previamente quanto no curso do procedimento, como ainda após a classificação dos vencedores, e que, pela especificidade do objeto, exige publicidade adequada para atingir um número razoável de possíveis interessados.¹²⁵

Como já visto, a publicidade do aviso do edital desta espécie também deve obedecer ao disposto no art. 21 da Lei n.º 8.666/93.

Já o leilão, segundo Dirley da Cunha Junior, é a modalidade de licitação

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 242.

¹²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 552.

¹²⁵ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 94.

[...] entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis adquiridos em procedimentos judiciais ou mediante dação em pagamento, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.¹²⁶

Salienta-se que o aviso do instrumento convocatório também deverá ter ampla publicidade, aos moldes do que exige o art. 21 da Lei de Licitações.

O pregão, regulamentado pela Lei 10.520/2002, é a modalidade de licitação utilizada para a aquisição de serviços e bens comuns, apenas, não havendo limite máximo de valor para a sua utilização. O emprego do pregão será sempre opcional, podendo a Administração valer-se de outra modalidade licitatória apropriada em função do valor do objeto¹²⁷.

Como já visto anteriormente, o procedimento do pregão difere das modalidades da Lei de Licitação. De acordo com Justen Filho,

O pregão apresenta três vantagens marcantes em relação às modalidades tradicionais de licitação previstas na Lei nº 8.666. Trata-se de a) potencial incremento das vantagens econômicas em favor da Administração, b) ampliação do universo de licitantes e c) simplificação do procedimento licitatório¹²⁸.

Quanto à publicidade do aviso de edital, o art. 4º, inciso I, da Lei n.º 10.520/02 estabelece que *a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local [...]*¹²⁹. Assim, constata-se que o edital do pregão exige ampla publicidade por parte do Poder Público.

O convite, segundo Maria Sylvia Zanella de Pietro

[...] é a modalidade de licitação entre, no mínimo, três interessados do ramo pertinente a seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa, e da qual podem participar também aqueles que, não

¹²⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Direito Administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2009, p. 498.

¹²⁷ Exemplo: se o valor estimado da licitação for de R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), poderá ser utilizada as modalidades convite ou pregão (sempre lembrando que não caberá a utilização do pregão se o objeto da licitação for obra ou serviço de engenharia).

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 18.

¹²⁹ BRASIL. Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

sendo convidados, estiverem cadastrados na correspondente especialidade e manifestarem seu interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas (art. 22, § 32).¹³⁰

Primeiramente, observa-se que o próprio nome sugere que o Poder Público deverá convocar (ao mínimo de três) potenciais interessados para participar da licitação. Esses convidados poderão, ou não, estarem cadastrados no órgão ou na entidade que realizará a licitação.

Com relação aos interessados que não foram convidados, a lei abre a possibilidade de estes participarem do certame, desde que estejam cadastrados e que solicitem a participação com antecedência mínima de até vinte e quatro horas da apresentação das propostas.

A grande crítica que aqui se faz a esta modalidade de licitação é com relação a sua publicidade diminuta, tendo em vista que a Lei não obrigou o administrador a publicar o aviso de carta-convite (nome próprio que o legislador previu para se referir ao edital do convite) nos diários oficiais da União, do Estado e do Distrito Federal, ou em jornais de grande circulação no Estado ou no Município onde se realizará a licitação; obrigação esta que se estendem às demais modalidades da Lei de Licitações (concorrências, tomadas de preços, concursos, leilões e pregões). Para a modalidade licitatória convite, o legislador exigiu, apenas, que houvesse a afixação da carta-convite em local apropriado da unidade administrativa.

Não obstante, nota-se que há profunda violação ao princípio constitucional da Livre Concorrência, em razão da lei ter adotado critério diferenciado para os possíveis interessados em participar da referida espécie licitatória. Por que para uns a Administração Pública envia até o estabelecimento comercial um convite e para outros ela exige o deslocamento até as suas dependências para que possa haver a cientificação? De que maneira o licitante não convidado ficará sabendo da existência de um convite se ele não realizar visitas periódicas a órgãos e entidades? E quanto àqueles licitantes de cidades vizinhas que terão de despender de gastos com tempo e combustível para buscar essa ciência? Torna-se evidente que a lei infringiu a isonomia entre os concorrentes ao prever tal critério diferenciador.

Ademais, a adoção do convite tem despertado o interesse dos tribunais de contas em analisar os processos desta modalidade, em razão do caráter subjetivista de convocação dos interessados, em virtude da Administração Pública poder convidar quem ela quiser, atrelado ao fato dela divulgar de forma restrita, sendo que poucos tomarão conhecimento. O caráter subjetivista na escolha dos licitantes colide perfeitamente com a moralidade administrativa, ao passo que dar preferência a uns, em relação a outros, não parece ser uma atitude pautada pela

¹³⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo, Atlas: 2014, p. 417.

honestidade. Salienta-se que essa problemática será tratada de forma mais aprofundada nos capítulos subsequentes deste trabalho.

Por fim, observou-se que a Lei do RDC trata, em seu art. 15, a publicidade de seus atos da seguinte forma:

Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

[...]

§ 1º A publicidade a que se refere o *caput* deste artigo, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante:

I - publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e

II - divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores.

§ 2º No caso de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, é dispensada a publicação prevista no inciso I do § 1º deste artigo.¹³¹

Segundo o artigo supra, a ampla publicidade nos procedimentos licitatórios é medida que se impõe, tendo de se ressaltar às informações sigilosas (como o orçamento sigiloso) que são imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado. Sendo ampla esta publicidade, o § 1º do mesmo artigo determina que a publicidade deve ser realizada por intermédio da divulgação, do extrato do edital, em órgãos oficial e em jornal diário de grande circulação (inciso I)¹³². De igual forma, a lei exige que o RDC seja divulgado em sítio eletrônico oficial

¹³¹ BRASIL. Lei n.º 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei n.º 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis n.ºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória n.º 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei n.º 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

¹³² Idem.

de divulgação de licitações (inciso II)¹³³. Esta é a regra encampada no art. 15 para as contratações que se utilizem do regime diferenciado.

Entretanto, o § 2º do art. 15 dispensa a publicidade do extrato de edital em jornais oficiais e de grande circulação quando as licitações não ultrapassarem o montante de cento e cinquenta mil reais, nos casos em que o objeto for a contratação de obras, e oitenta mil reais, em se tratando da aquisição de bens e serviços, inclusive de engenharia.

Evidencia-se que tal dispensa de publicidade guarda similitude com a forma de divulgação do aviso da carta-convite, inserto na Lei n.º 8.666/93. Isto porque, da mesma forma como ocorre com a publicidade do aviso do convite, o RDC também dispensa a publicação do aviso do instrumento convocatório nos jornais oficiais, em contratações que envolvam valores mais módicos. Inclusive, referidos valores são idênticos aos limites que autorizam a utilização da modalidade licitatória convite (até oitenta mil reais, para aquisição de bens e serviços comuns, e até cento e cinquenta mil reais, para contratações relativas à obras e serviços de engenharia¹³⁴).

Ora, o que justificaria a redução da publicidade, se quanto maior ela for, melhor serão os benefícios à sociedade (aos cidadãos, que poderão exercer o seu direito democrático, aos agentes econômicos, que conseguirão desenvolver suas atividades e fomentarão à economia, e à Administração Pública, que poderá realizar a contratação mais proveitosa)?

É hialino que em tempos modernos, inadmite-se a minimização da transparência dos atos que envolvam, principalmente, as contratações do setor público, ainda mais porque a Lei de Acesso à Informação exige a transparência passiva¹³⁵ de dados imprescindíveis ao desenvolvimento das atividades dos órgãos públicos. Ou seja, independentemente de requerimento, informações de interesse coletivo ou geral deverão ser divulgadas em local de fácil acesso (art. 8º da Lei n.º 12.527/11).

Finalmente, pôde-se constatar neste tópico que, dentre todas as modalidades existentes nas leis de licitação e do pregão, o convite é o único que não atende integralmente os preceitos da livre concorrência, em razão da diminuta (e ineficaz) publicidade que é dada ao seu aviso de carta-convite, tornando duvidosa a cientificação dos interessados e deixando a cargo do administrador a discricionariedade em convidar quem lhe convier. Além disso, a

¹³³ Idem.

¹³⁴ Conforme previsão do art. 23, inciso I, alínea *a* e inciso II, alínea *a*, da Lei. n.º 8.666/93, que se relaciona aos valores limites do convite.

¹³⁵ Importante salientar que a transparência passiva relaciona-se a três diretrizes: o serviço de informações ao cidadão – SIC; o serviço eletrônico de informações ao cidadão – e-SIC; e a divulgação da estrutura e forma de contato (DEVIDES, José Eduardo Costa; ROCHA, Guilherme Aparecido da. *Manual prático de transparência para câmaras municipais: Do dever de transparência ao direito de informação*. Jaú: Guilherme Aparecido da Rocha Editor, 2016).

publicidade reduzida também causa prejuízos à transparência pública e, reflexamente, ao princípio democrático, pois dificulta a fiscalização do procedimento pela sociedade. Assim, as cidades pequenas, principalmente, que se utilizem desta modalidade para a aquisição de objetos, contratação de serviços ou obras não estarão caminhando no sentido do desenvolvimento, tendo em vista que não fomentarão a economia de forma adequada a incentivar a competitividade entre os agentes econômicos, bem como a falta de competitividade impedirá que a Administração gaste o dinheiro público da maneira mais vantajosa (econômica) possível. Adicionalmente, viu-se que, com relação ao procedimento que se assemelha ao convite na Lei do RDC, têm-se que a questão relacionada à publicidade também guarda certa mácula ao convite da Lei n.º 8.666/93, ao passo que prevê a hipótese de dispensa de publicação do extrato do edital nos jornais oficiais e nos de grande circulação.

2.2.1 A Lei de Acesso à Informação e às disposições sobre a publicidade do convite nos sítios eletrônicos do TCU e do TCE/SP

A Lei n.º 12.527/2011 (LAI) foi publicada com o objetivo principal de regulamentar o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º¹³⁶, no inciso II do § 3º¹³⁷ do art. 37 e no § 2º do art. 216¹³⁸, todos da Constituição Federal, e consolidar os princípios democrático e republicano por meio da participação da sociedade no controle da administração pública.

Salienta-se que a análise desta Lei restringir-se-á apenas ao quesito da publicidade, com enfoque na licitação em apenas uma de suas modalidades, o convite.

Com efeito, no tocante à publicidade das informações de interesse geral, o art. 8º disciplina que elas independem de requerimentos por parte das pessoas físicas (ou jurídicas),

¹³⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

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 (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017).

¹³⁷ Art. 37 [...] § 3º [...] II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017).

¹³⁸ Art. 216 [...] § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017).

sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (*internet*). Caso não seja possível o acesso imediato da informação que se deseja, o órgão ou entidade terá o prazo de 20 (vinte) dias, prorrogáveis por mais 10 (dez), mediante justificativa expressa para transmiti-la ao requerente (art. 11 da LAI). Imperioso mencionar, ademais, que este tipo de mecanismo, na qual exige a espontaneidade da apresentação de dados de interesse público, é denominada de transparência passiva.

Dentre os incisos existentes no art. 8º, § 1º, o inciso IV disciplina que devem ser tornadas públicas as *informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados*¹³⁹.

Tamanha relevância possui o tema que, inclusive, foi objeto de fiscalização pelo Ministério Público estadual paulista¹⁴⁰ sobre as Câmaras Municipais do estado para se verificar o nível de cumprimento destas em relação à Lei de Acesso à Informação. Inclusive, as medidas de fiscalização culminaram na criação de um *ranking* estadual de transparência, ideia de autoria da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA, que é coordenada pela Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça.

Para o aferimento das pontuações de cada Câmara, o ENCCLA criou uma planilha para avaliar a transparência, sendo que o seu conteúdo continha os principais artigos da LAI. E dentre os artigos que a tabela trazia, encontrava-se um tópico intitulado de *Licitações e Contratos*, na qual indagava se o *site* de cada órgão havia apresentado, nos últimos seis meses, a íntegra dos editais de licitação, o resultado dos editais de licitação, os contratos na íntegra e as informações concernentes aos procedimentos licitatórios (modalidade, data, valor, número, ano do edital, objeto).

Contudo, tanto no art. 8º, do § 1º, do inciso IV, quanto na planilha elaborada pelo ENCCLA, não havia previsão expressa sobre a publicidade, nos sítios oficiais, de avisos de editais de licitação, limitando-se, apenas, a exigência da publicação de editais. Além do mais, o dispositivo e a tabela do ENCCLA são taxativos ao mencionar que apenas deverá haver a publicação de editais, termo que se refere a licitações na modalidade pregão, concorrência, tomada de preços, leilão e concurso, sendo excluída a hipótese da publicação da carta-convite,

¹³⁹ BRASIL. Lei n.º 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 n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n.º 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n.º 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/112527.htm>. Acesso em: 22 abr. 2017.

¹⁴⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO, Estado de São Paulo. *MP-SP realiza levantamento pioneiro sobre transparência em Câmaras Municipais*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=14304980&id_grupo=118>. Acesso em: 18 mai. 2017.

que é o instrumento convocatório do convite. Outrossim, aludido dispositivo se aquietou sobre o dever de a Administração Pública divulgar o aviso do convite em órgãos de imprensa oficial ou jornais de grande circulação regional.

Cumpre informar, ainda, que foi realizada pesquisa nos *sites* do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP) e no Tribunal de Contas de União (TCU) no intuito de verificar a existência de eventuais instruções normativas, resoluções, portarias ou manuais que dissessem algo acerca da publicidade na modalidade licitatória convite.

No que tange à busca realizada no sítio eletrônico do TCE/SP, nada foi encontrado a respeito. Já com relação ao *site* do TCU, no manual de Licitações e Contratos – Orientações e Jurisprudências foi descoberta a seguinte ocorrência:

Para alcançar maior número possível de interessados no objeto licitado e evitar a repetição do procedimento, muitos órgãos ou entidades vêm utilizando a publicação do convite na imprensa oficial ou em jornal de grande circulação, além da distribuição direta aos fornecedores do ramo escolhidos.

Publicação na imprensa oficial ou em jornal de grande circulação confere ao convite divulgação idêntica à das demais modalidades de licitação e afasta a discricionariedade do agente público.¹⁴¹

Todavia, tal comentário sobre a possibilidade da publicação da carta-convite na imprensa oficial ou em jornal de grande circulação, para fins de afastamento da discricionariedade do agente público, refere-se à mera opinião por parte de quem elaborou o aludido manual, não possuindo, a mesma, qualquer força vinculante. Não obstante a opinião do autor do manual ser favorável a maximização da publicidade no convite, este não é o mesmo posicionamento perfilhado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como se verá no capítulo posterior deste trabalho.

Dessa forma, constatou-se neste tópico que a Lei de Acesso à Informação não disciplinou de forma específica sobre a publicação da carta-convite nos sítios oficiais dos órgãos públicos, tão pouco sobre a necessidade da divulgação dos avisos da mesma nestes locais. Além disso, a pesquisa no *site* do TCU trouxe pouco avanço sobre o tema, onde foi encontrada, num manual de licitações e contratos, apenas a opinião do autor que a elaborou, dizendo ser possível a publicação de avisos de carta-convite em jornais oficiais ou de grande

¹⁴¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Licitações e contratos*. Orientações e Jurisprudência do TCU. 4. ed. Revista, atualizada e ampliada. Brasília, 2010, p. 43. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

circulação, pois é dessa forma que alguns órgãos e entidades procedem para evitar atitude discricionária do agente público.

Destarte, este capítulo apresentou o seguinte conteúdo: a) a evolução histórica das licitações públicas no ordenamento jurídico nacional, desde o seu primórdio, no Decreto n.º 2.926/62 (embora ainda não houvesse menção expressa à palavra licitação) até o Regime Diferenciado de Contratação (RDC); b) a conclusão de que dentre todas as modalidades existentes nas leis de licitação e do pregão, o convite é o único que não atende integralmente aos preceitos da livre concorrência, em razão da diminuta (e ineficaz) publicidade que é dada ao seu aviso de instrumento convocatório, tornando duvidosa a cientificação dos interessados e deixando a cargo do administrador a discricionariedade em convidar quem lhe convier (imperioso salientar que, no RDC, a questão relacionada à publicidade também guarda certa mácula ao convite da Lei n.º 8.666/93, ao passo que prevê uma hipótese de dispensa de publicação do extrato do edital nos jornais oficiais e nos de grande circulação). Além disso, a publicidade reduzida também causa prejuízos à transparência pública e, reflexamente, ao princípio democrático, pois dificulta a fiscalização do procedimento pela sociedade; c) a constatação de que a Lei de Acesso à Informação não disciplinou de forma específica a publicação da carta-convite nos sítios oficiais dos órgãos públicos, tão pouco sobre a necessidade da divulgação dos avisos nestes locais. Além disso, a pesquisa no *site* do TCU trouxe pouco avanço sobre o tema, onde foi encontrada, num manual de licitações e contratos, apenas a opinião do autor que a elaborou, dizendo ser possível a publicação de avisos de carta-convite em jornais oficiais ou de grande circulação, pois é dessa forma que alguns órgãos e entidades procedem para evitar atitude discricionária do agente público.

3. A MODALIDADE LICITATÓRIA CONVITE E OS CONFLITOS QUE ENVOLVEM O SEU PROCEDIMENTO: O DESEQUILÍBRIO DE TRATAMENTO NA FORMA DE PUBLICIDADE E NAS CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

Desde os primeiros anos após a publicação da Lei Licitatória, em 1993, a modalidade licitatória convite vem despertando certo mal estar em certos agentes econômicos que, não tendo sido convidados, desejam participar do procedimento licitatório. Isso porque, muitas vezes, acabam não tendo conhecimento sobre a publicação do aviso da carta-convite, o que acarreta na revolta dos mesmos, que é aguçada pela preferência dada pela Administração Pública a outros agentes econômicos que, sem motivo justificado, convidam-nos ao seu bel prazer. Outro ponto polêmico da Lei é a diferença de tratamento entre convidados e interessados para participação no certame, no que tange ao cadastramento. E são essas duas situações (publicidade e cadastramento) que serão analisadas no tópico um deste capítulo.

Com relação à eventual quebra de isonomia entre convidados e interessados, o assunto será discutido à luz do livro *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello.

Para aferir a polêmica entorno do tema, o tópico seguinte se prestará em realizar uma pesquisa quantitativa nos sítios eletrônicos das capitais estaduais.

Por derradeiro, o último tópico do capítulo irá investigar se as eventuais legislações municipais encontradas sobre o assunto afrontam de maneira direta e formal a Constituição Federal da República.

3.1 A QUESTÃO DA PUBLICIDADE E DO CADASTRAMENTO NO CONVITE

Retomando um ponto tratado no tópico 2.2 deste ensaio, no tocante à modalidade licitatória convite, pôde-se atestar que a Lei Geral de Licitação viola o princípio da livre concorrência, tendo em vista que não garante ampla publicidade para fins de cientificação do interessado, ferindo, igualmente, o princípio da igualdade. E este é um assunto que, não raras as vezes, os doutrinadores dão certa atenção em seus livros. De acordo com Marçal Justen Filho,

A Lei não exige a publicação pela imprensa dos avisos relacionados com convites.

Tem-se questionado acerca da obrigatoriedade da publicação do aviso de convite pela imprensa. Rigorosamente, a resposta é negativa. É claro que

isso não significa validar licitação sigilosa, o que retrataria verdadeira contradição em termos. É obrigatório tornar pública a instauração da licitação, *mas não é imperioso que o convite seja objeto de divulgação pela imprensa*. É que, não considerando a faculdade reservada à Administração Pública de remessa do convite a pessoas não cadastradas, outros terceiros poderão participar do certame apenas desde que cadastrados. Portanto, deve-se assegurar a possibilidade de os cadastrados tomarem conhecimento do transcurso do convite. Como é óbvio, não é proibido valer-se da imprensa como instrumento de divulgação. Até se podem imaginar situações em que o recurso à imprensa seria a solução mais adequada. *Assim se passa quando não ocorrem interessados às disputas e a Administração reputa inadequadas as propostas disponíveis*. Em face de licitações frustradas ou desertas, uma alternativa correta seria promover a publicação do aviso do convite pela imprensa.¹⁴² (grifo nosso)

Embora tivesse comentado sobre a questão da publicidade nos convites, em nenhum momento o doutrinador adentrou ao cerne da questão: a ofensa aos princípios da livre concorrência e da igualdade. Além disso, não se concorda que não seria imperioso que o convite fosse objeto de divulgação pela imprensa, pois, como já argumentado, a falta deste ato incorre em ofensa aos princípios voltados à concorrência. Nem se cogita da afirmação de que a publicação só se aplicaria nos casos de licitações frustradas ou desertas, pois a igualdade e a livre concorrência devem pré existir desde o início do procedimento licitatório, sendo incoerente imputar-lhes como obrigatórias a partir de certas condições (do não comparecimento de licitantes, ou, da não aceitação da proposta de todos os licitantes).

Posicionamento semelhante possui Diogenes Gasparini, na qual informa que

Para essa espécie de licitação não se exige publicidade através da imprensa oficial ou particular. A carta-convite, edital dessa modalidade, é enviada, sob protocolo, diretamente aos escolhidos pela entidade licitante e afixada em local apropriado (quadro de editais), colocado em lugar de fácil acesso aos interessados. *Eventual publicação do aviso da carta-convite viola a regra do § 8º do art. 22 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública*, dada a combinação de modalidades distintas. Por outro lado, essa publicação não liberará a participação dos não-convidados, mas, por certo, ampliará a possibilidade de conhecimento dos cadastrados.¹⁴³ (grifo nosso)

Para Gasparini, a publicação de aviso da carta-convite violaria o disposto no § 8º, do art. 22, da Lei n.º 8.666/93, na qual dispõe que *é vedada a criação de outras modalidades de*

¹⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 243.

¹⁴³ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 574.

*licitação ou a combinação das referidas neste artigo*¹⁴⁴. *In casu*, na opinião do referido autor, estaria havendo a combinação entre o convite e a forma de publicidade adotada pelas demais modalidades (concorrência, tomada de preços, leilão e concurso). Contudo, existe um argumento maior da qual o autor não pondera: ele não informa que a falta de publicidade acarretaria na violação da livre concorrência e da igualdade e que, conseqüentemente, haveria violação da Constituição Federal. Logo, o que se têm aqui é a inconstitucionalidade do § 8º, do art. 22, da Lei de Licitações, por vedar uma estratégia (combinação do convite e a forma de publicidade das outras modalidades da lei) que estaria em perfeita sintonia com a Constituição.

Nesta senda, perfilha-se do entendimento adotado por Dallari, de que a falta de publicidade é que gera a violação de princípios constitucionais:

Entendemos ser indispensável a publicidade também para essa espécie de licitação, não só por se tratar de uma licitação, não só porque a regra geral é a de que os atos da Administração devem em princípio ser públicos, mas, principalmente, porque a falta de publicidade pode efetivamente ensejar a burla aos princípios da igualdade e da isonomia. Com efeito, não havendo um modelo-padrão afixado, nada impede que o administrador inescrupuloso envie cartas diferentes aos convidados, estipulando condições diversas para cada um, com propósitos de favorecimento. As mesmas intenções podem levar o administrador de tal espécie a convidar sempre os mesmo indivíduos, de sorte a permitir a estes até mesmo um conluio para a partilha de contratos, em detrimento da Administração, que, portanto, deve publicar a lista de convidados para ensejar a defesa de seus interesses aos possíveis contratantes eventualmente preteridos.¹⁴⁵

É possível a cogitação, conforme aduz o referido autor, de que a falta da ampla publicidade poderia estimular condutas desleais por parte do administrador, como o conluio para a partilha de contratos.

Dessa forma, conforme leciona Figueiredo, *decisões secretas, editais ocultos, mesmo a publicidade restrita ao mínimo exigido por lei (e conhecida de pouquíssimos), não atendem, de forma alguma, aos princípios constitucionais e, sobretudo, à transparência da Administração*¹⁴⁶.

Insta ressaltar, outrossim, importante citação de Meirelles, de que *vale ainda como publicação oficial a afixação dos atos e leis municipais na sede da Prefeitura ou na Câmara,*

¹⁴⁴ BRASIL. Lei n.º 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

¹⁴⁵ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 94.

¹⁴⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 62/63.

onde não houver órgão oficial, em conformidade com o disposto na Lei Orgânica do Município¹⁴⁷. Salienta-se que, quando da publicação da Lei de Licitação, muitos municípios não contavam com órgão oficial para realizarem a publicação de seus atos, por essa razão que se justificava a afixação de atos e leis municipais em local de fácil visualização dos órgãos públicos. Todavia, hodiernamente, com a evolução dos meios de comunicação, não é possível se admitir que municípios ainda se valham de um método tão retrógrado para a publicação de seus atos.

Assim, é inegável que a publicação do aviso da carta-convite (com todas as suas informações mais relevantes) é medida a se impor na Administração Pública, pois, repita-se, a publicidade garante a aplicação do princípio da igualdade e da livre concorrência perante os agentes econômicos.

Porém, além do fator acima tratado (falta de ampla publicidade), também é necessário notar que há outro requisito do convite que causa violação aos princípios constitucionais acima tratados: a exigência de cadastramento dos licitantes interessados.

Nos termos do § 3º, do art. 22, da lei licitatória, o Poder Público deverá convidar ao mínimo três agentes econômicos cadastrados ou não para participar do certame, enquanto que eventuais interessados deverão manifestar interesse com antecedência de até vinte e quatro horas da apresentação das propostas, desde que cadastrados¹⁴⁸. Desta oração é possível indagar o seguinte: qual o motivo de burocratizar a participação do interessado? Por que ao convidado pode-se dispensar o cadastramento, mas deve-se exigir do interessado?

Além disso, o § 1º, do art. 32, da Lei n.º 8.666/93, facultou ao administrador a dispensa, no todo ou em parte, da documentação prevista nos arts. 28 a 31¹⁴⁹ da mesma Lei, nos casos das modalidades convite, concurso e leilão¹⁵⁰. Ora, poderia cogitar-se uma situação absurda, inclusive, em que o Poder Público elaboraria uma carta-convite na qual houvesse a dispensa da apresentação de todos os documentos de habilitação, sendo que participariam dela três convidados (não cadastrados) e três interessados (cadastrado), e o resultado poderia ser a vitória de algum convidado, que em nenhum momento do certame necessitou fazer prova de sua habilitação e que poderia estar em débito perante algum ente da federação!

¹⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 97.

¹⁴⁸ BRASIL. Lei n.º 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 22 mar. 2017.

¹⁴⁹ Tais artigos tratam, respectivamente, da habilitação jurídica, da qualificação técnica e da qualificação econômico-financeira.

¹⁵⁰ BRASIL. Lei n.º 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 22 mar. 2017.

Remetendo-se o estudo, novamente, à doutrina, observa-se o posicionamento de Gasparini acerca deste ponto:

Nessa modalidade a entidade licitante presume como boas a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal dos convidados. Não é necessária qualquer medida para averiguar esses aspectos da pessoa do licitante, salvo quanto à prova de regularidade para com o INSS, pois nenhuma pessoa jurídica pode contratar com o Poder Público se estiver em débito com o sistema de seguridade social (art. 195, § 3º) e para com o FGTS, que integrarão o envelope proposta ou apresentado no momento da assinatura do contrato ou da retirada do instrumento equivalente. Qualquer que seja o critério adotado, a carta-convite deverá dispor a respeito. Por essas razões, não podem participar interessados que não tenham sido convidados, dado que a entidade licitante não os entendeu habilitados, exceto os cadastrados que demonstrarem interesse no certame com antecedência de até vinte e quatro horas da apresentação das propostas. Portanto o que não foi convidado e não está cadastrado não pode participar do convite, ainda que nas vinte e quatro horas que antecedem a entrega dos mencionados envelopes manifeste esse interesse. O conhecimento da inidoneidade após a convocação não vicia, em princípio, o convite. Este prosseguirá com os demais convidados, já que o inidôneo será alijado do procedimento. Tal inidoneidade, no entanto, viciará o convite se for o fator para a entidade licitante dirigir a escolha do proponente. Se em todo o procedimento a entidade licitante agiu com lisura, não se há de tê-lo por ilegal.¹⁵¹ (grifo nosso)

Discordando-se do aludido autor, não é possível, em observância ao princípio democrático, que o cidadão e os interessados em participar do certame fiquem refém da boa-fé do administrador em presumir a boa condição habilitatória dos convidados. Da mesma forma, não se concorda com a exigência, ao convidado, para fins de comprovação da inidoneidade proposta pelo autor, de que a prova de regularidade com o INSS e com o FGTS seriam suficientes, dispensando-se a apresentação das demais para a habilitação do certame (como as certidões negativas, ou positivas com efeito de negativas, perante os entes federal, estadual e municipal ou a certidão negativa para fins trabalhistas). Se a própria Lei Licitação diz que é requisito para habilitação os documentos previstos nos arts. 28 a 31, não pode o administrador, ao seu alvedrio, reduzir as condições impostas pela lei, tampouco o legislador se contradizer, afirmando que é facultada a sua apresentação, no todo ou em parte.

Aliás, nem é preciso se discorrer muito sobre o fato de que exigir apenas as certidões de INSS e FGTS dos convidados também acarretaria em ofensa ao princípio da igualdade, pois o licitante interessado, com o seu cadastramento, ter-se-ia cumprido todas as exigências impostas pelos artigos atinentes à habilitação.

¹⁵¹ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 573-574.

Já o doutrinador Calasans Junior entende ser ilógico o órgão público convidar determinado agente econômico a participar de um convite sem que a sua habilitação esteja em termos:

O Convite caracteriza-se pela possibilidade de serem os participantes escolhidos pelo órgão promotor da licitação. Esses escolhidos poderão estar ou não inscritos no cadastro da unidade administrativa, *do que decorre que, nessa modalidade, a qualificação dos licitantes (pelo menos a técnica) é pressuposto*. Seria ilógico admitir que o administrador público viesse a convidar para concorrer numa licitação empresa, ou pessoa física, que não considerasse qualificada para bem realizar a obra, o serviço ou o fornecimento a ser contratado.¹⁵² (grifo nosso)

Realmente, tal convite seria ilógico. No entanto, estar-se-ia confiando demasiadamente em valores intrínsecos do administrador (com a honestidade, a lealdade e a boa-fé), que teria de ter o bom senso em diligenciar sobre o cumprimento de todos os requisitos de habilitação do convidado, antes mesmo deste receber o convite.

Ademais, prudente é a colocação de Pietro no que tange a diversidade de tratamento (entre convidado e interessado) ocasionar a infringência do princípio da isonomia:

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 o certificado de registro cadastral em ordem, quando, para os convidados, nenhuma documentação foi exigida.¹⁵³ (grifo nosso)

Com efeito, também é correta a afirmação sobre a exigência do certificado aos interessados, desde que a habilitação seja exigida dos convidados, na sessão de licitação. Tal argumento se traduz na isonomia, na medida em que a documentação para a elaboração do cadastro (também conhecido como CRC – certificado de registro cadastral) é a mesma exigida para fins de habilitação no certame.¹⁵⁴

¹⁵² CALASANS JUNIOR, José. *Manual da licitação*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31-32.

¹⁵³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo, Atlas: 2014, p. 417-418.

¹⁵⁴ Nos termos do art. 35 da Lei de Licitações, *ao requerer inscrição no cadastro, ou atualização deste, a qualquer tempo, o interessado fornecerá os elementos necessários à satisfação das exigências do art. 27 desta Lei*. O art. 27, por sua vez, estipula que são requisitos para a habilitação a demonstração documental da habilitação jurídica, da qualificação técnica e da qualificação econômico-financeira (arts. 28 a 31 da Lei de Licitações).

Dessa forma, é hialino que a diminuta publicidade e a exigência de cadastramento para os interessados em participar de contratações que envolvam a modalidade licitatória convite são condutas tendentes a reduzir, ou até mesmo eliminar, a livre concorrência e a igualdade.

3.2 A IGUALDADE DE PARTICIPAÇÃO, NO CONVITE, ENTRE CONVIDADOS E INTERESSADOS

A grande problemática tratada até aqui neste trabalho atine à ofensa ao princípio da igualdade quando da utilização, pelo Poder Público, da modalidade licitatória convite, pois, como já visto, convidados e interessados não possuem igualdade de tratamento perante a Lei. Para uma abordagem mais aprofundada no que tange ao princípio da igualdade, imperioso que se eleve à discussão à luz do entendimento da doutrina, principalmente, de Celso Antônio Bandeira de Mello, por intermédio do livro *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, apegando-se, contudo, apenas às questões relacionadas ao tema deste trabalho.

Introdutoriamente, o autor menciona sobre o *caput* do art. 5º da Constituição Federal, no qual disciplina que todos são iguais perante a lei e que a norma magna do princípio da igualdade é voltada tanto para o aplicador da lei quanto para o legislador. O autor ainda esclarece que este último (legislador), apesar de possuir poder discricionário na edição de leis, não poderá descumprir o princípio, sujeitando-se, destarte, ao mesmo.

A propósito, a igualdade aparece no texto constitucional, inicialmente, como valor supremo e como objetivo fundamental. Posteriormente, ela reaparece como *direito protegido contra seu arquiopositor, a discriminação, e como princípio regulador das relações de trabalho, das licitações públicas, das relações entre estados no cenário internacional [...] etc.* (grifo nosso)¹⁵⁵.

No que tange a igualdade ser princípio norteador das licitações públicas, o doutrinador Carlos Ari Sundfeld também informa que o mesmo encontra-se inserido no núcleo do princípio da impessoalidade:

Esse princípio está na base de inúmeras outras normas, também dispostas no Texto Constitucional: *a)* do art. 5º, I, segundo o qual “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”; *b)* do art. 5º, XLI, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades

¹⁵⁵ BARROZO, Paulo Daflon. *A ideia de igualdade e as ações afirmativas*. *Lua Nova [online]*. 2004, n.63, pp.103-141. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n63/a05n63.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

fundamentais”; c) **do art. 37, caput, que consagra a “impessoalidade” como princípio da Administração**”.¹⁵⁶

Retomando a ideia sequencial do livro de Mello, o autor cita que a *lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente os cidadãos*¹⁵⁷, sendo este o conteúdo político-ideológico contido no princípio da isonomia e emanado pelos textos constitucionais. Nesta senda, quando do cumprimento da lei, todos os indivíduos têm de receber tratamento uniforme, não se permitindo que a própria regra legal confira prescrições distintas em situações equivalentes. Dessa forma, por intermédio do princípio da igualdade, a ordem jurídica pretende defender a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas, assegurando que os dispositivos genéricos, os imprecisos e os atos concretos atendam a todos sem especificações arbitrárias.

Salienta-se que no Capítulo III do livro, Mello faz a seguinte afirmação:

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímén* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.¹⁵⁸

Com relação à primeira questão, Mello afirma, conclusivamente, que a lei poderá atingir uma categoria de pessoas ou então se dirigir a um só indivíduo (isso é, sem ofensa á isonomia), somente se visar a um sujeito indefinido e indefinível no presente. E o que a Lei de Licitações faz com o procedimento do convite? Ela define o sujeito que ela quer beneficiar, o convidado, haja vista que, além de beneficiar determinado agente econômico ao convidá-lo (sem qualquer critério objetivo, ressalte-se), permite que o mesmo participe do certame sem ao menos possuir um cadastro.

No que tange à correlação lógica entre o fator de *discrímén* e a desequiparação procedida, o autor afirma que o ponto ideal para exame da correção de uma regra diante do princípio da isonomia é a existência, ou não, de correspondência coerente entre o fator levantado como elemento diferenciador e a discriminação legal decidida em função dele. Com

¹⁵⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.167.

¹⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 10.

¹⁵⁸ Idem, *ibidem*, p. 21.

efeito, é imprescindível que se tenha conhecimento daquilo que é importante como critério discriminatório e se existe justificativa plausível para atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade estabelecida. *Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita*¹⁵⁹. No caso em tela (convite), não é possível vislumbrar que a pessoalidade de tratamento concedida a certo grupo de pessoas (convidados) possua qualquer justificativa racional capaz de permanecer em termos com a isonomia. Como pode ser plausível um *discrímen* que pauta-se num procedimento que prejudica o licitante interessado, seja pela diminuta publicação dada ao certame ou pela exigência de cadastro para participação, não permitindo a ampla participação (com maior número de ofertas) de agentes econômicos, no qual implica, conseqüentemente, em menor vantajosidade à Administração Pública?

Por fim, reportando-se a terceira questão, Mello indica que deverão concorrer quatro elementos para que um *discrímen* legal possa conviver harmonicamente como princípio da igualdade, a saber:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.¹⁶⁰ (grifo do autor)

Tamanha é a pertinência do tema que, inclusive, Sundfeld, em seu livro *Princípios Gerais do Direito Público* dá tratamento semelhando, ao esclarecer que:

[...] a lei agride a isonomia quando não revestida de generalidade ou abstração, isso é, quando beneficia ou prejudica sujeito determinado e perfeitamente individualizado no presente [...].
 [...] violenta a igualdade a lei que trate desigualmente pessoas, coisas ou situações com base em fatores estranhos a essas mesmas pessoas, coisas ou situações [...].
 O tratamento diferenciado estabelecido pela lei é agressivo à isonomia quando não houver correlação lógica entre a diversidade do regime

¹⁵⁹ Idem, *ibidem*, p. 39.

¹⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 42.

estabelecido e o fator que tenha determinado o enquadramento, num ou noutro regime, das pessoas, coisas ou situações [...].¹⁶¹

Sintetizando o conteúdo trazido por Sundfeld, a lei desobedecerá à isonomia quando beneficiar ou prejudicar sujeito determinado e individualizado no presente; tratar de forma desigual pessoas, coisas ou situações, baseada em parâmetros estranhos aos mesmos; ou quando a discriminação contida nela for gratuita, desarrazoada, sem sustento racional¹⁶². Baseado nessas afirmativas, o referido autor exemplifica tais hipóteses. No primeiro caso (falta de generalidade e abstração) tem-se como protótipo a lei que *concede isenção de impostos às montadoras de automóveis constituídas no Brasil antes de 1960, e negando-a às demais*¹⁶³. O segundo (desigualdade de tratamento de pessoas, coisas ou situações com base em fatores estranhos às mesmas) pode ser representado pela lei que *fixe em 25% o imposto de renda dos indivíduos nascidos nos meses pares e em 30% o dos nascidos nos meses ímpares*¹⁶⁴. O terceiro (falta de correlação lógica entre a diversidade do regime estabelecido e o fator que determinou o enquadramento), por derradeiro, pode ser demonstrado pela situação em que ocorra distinção de vencimentos entre servidores públicos em razão do sexo¹⁶⁵ (homens ganhando mais que as mulheres).

Trazendo a cabo à modalidade licitatória convite ao cerne do tema deste tópico, nota-se que o procedimento desta espécie licitatória, no tocante aos aspectos de publicidade e cadastramento, também não coaduna com essa questão que envolve, inclusive, valores constitucionais. Isso porque a desequiparação que se pretendeu para esta modalidade atinge de modo atual e absoluto, tão somente os convidados (letra *a*); as pessoas desequiparadas pelo procedimento (convidados e interessados) não são efetivamente distintas, não sendo possível constatar características diferenciadas entre elas (letra *b*); não há qualquer correlação lógica que justifique o *discrímen* (letra *c*); não há, *in concreto*, qualquer pertinência em função dos interesses constitucionais protegidos, nem há que se falar em razão valiosa para o bem público, porque, pelo contrário, existe afronta direta ao inciso XXI, do art. 37 da CF/88, que prevê sobre a *igualdade de condições a todos os concorrentes*¹⁶⁶. Aliás, para a perfeita realização do bem público, necessária é a vantajosidade da contratação, que não se admite

¹⁶¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.169.

¹⁶² Idem, *ibidem*.

¹⁶³ Idem, *ibidem*.

¹⁶⁴ Idem, *ibidem*.

¹⁶⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2017.

através da admissão de barreiras que impeçam ou reduzam a competição e que prejudicam o aumento de ofertas no certame, exatamente da forma como faz o convite.

É por isso que se conclui que, em razão de todas as questões acima elucidadas, a modalidade licitatória convite é inconstitucional.

3.3 A LEGISLAÇÃO DAS CAPITAIS ESTADUAIS SOBRE O CONVITE

Neste tópico foi realizada uma pesquisa quantitativa no intuito de se descobrir se existiria (m) alguma (s) capital (is) dos Estados brasileiros que utilizasse (m) da sua legislação municipal para fins de ampliação da publicidade do aviso da modalidade licitatória convite, e/ou para temas correlatos.

Para tanto, foram acessados os *sites* das Prefeituras das capitais de todos os Estados da federação e consultados os *links* da legislação municipal e dos portais de transparência, sendo escrito nos devidos campos de busca as palavras *licitação, convite, publicidade convite, cadastramento convite*, para que fossem encontradas referências sobre o assunto. Quando não era possível a busca por esses meios, em virtude da Prefeitura possuir estrutura deficitária no que tange à transparência passiva, analisou-se o preâmbulo dos editais de licitação e das cartas-convite, pois, no mais das vezes, estes instrumentos faziam menção à legislação municipal. Salienta-se que a pesquisa foi encerrada na data de dezenove de abril de dois mil e dezessete.

Assim sendo, dividindo-se o resultado da pesquisa em blocos, por pertinência temática, foi possível constatar que:

a) em vinte e uma capitais de estados não foi possível localizar qualquer espécie legislativa que disciplinasse sobre o aumento de publicidade da carta-convite ou que previsse a desburocratização do convite para que o licitante interessado (não cadastrado) pudesse participar do certame. Tratam-se das seguintes capitais: Rio Branco (Acre - AC); Maceió (Alagoas - AL); Macapá (Amapá - AP); Manaus (Amazonas - AM); Salvador (Bahia - BA); Fortaleza (Ceará - CE); Vitória (Espírito Santo - ES); Goiânia (Goiás - GO); Cuiabá (Mato Grosso - MT); Campo Grande (Mato Grosso do Sul - MS); Belém (Pará - PA); João Pessoa (Paraíba - PB); Recife (Pernambuco - PE); Teresina (Piauí - PI); Natal (Rio Grande do Norte - RN); Porto Alegre (Rio Grande do Sul - RS); Porto Velho (Rondônia - RO); Boa Vista (Roraima - RR); São Paulo (São Paulo - SP); Aracaju (Sergipe - SE) e Palmas (Tocantins - TO).

Dentre os *sites* das aludidas capitais pesquisadas, importante discorrer sobre as seguintes – haja vista que, as prefeituras elencadas na alínea *a*, embora não tivessem legislado sobre o convite, trouxeram algumas peculiaridades relativas ao tema, e as prefeituras discriminadas na alínea *b* legislaram sobre o assunto:

a.1) a Prefeitura de Vitória (ES) possui a Lei Municipal n.º 3.901/1992, que estabelece, em seu art. 1º, que *fica a Prefeitura Municipal de Vitória obrigada a afixar, em quadro localizado no mesmo andar da sala de licitações, de livre trânsito ao público, as cartas convites, de sua procedência, para que delas tenham conhecimento todos os demais interessados*¹⁶⁷. Nota-se que esta Lei Municipal precedeu a Lei n.º 8.666/93, regulamentando o antigo Decreto-Lei n.º 2.300/86 que, naquela época, não permitia a participação de quaisquer interessados, ainda que cadastrados. Logo, a afixação das cartas-convites em local próximo à sala de licitações servia, unicamente, para fins de transparência;

a.2) na Prefeitura de Belém (PA) não foi possível localizar qualquer lei ou ato normativo que previsse o tema pesquisado. Todavia, o que chamou a atenção (e por isso que merece anotação neste tópico) é que o *site* da aludida Prefeitura exige o cadastramento do interessado para a retirada de editais. Salienta-se que tal exigência visa dificultar a rápida informação por parte do cidadão, infringindo, assim, a transparência passiva insculpida na Lei de Acesso à Informação;

a.3) a Prefeitura de São Paulo (SP) por intermédio da Lei Municipal n.º 13.278/2002, dispõe, no art. 17, inciso III, que os *instrumentos convocatórios de convite serão encaminhados diretamente a, pelo menos, 3 (três) potenciais interessados, cadastrados ou não, com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis entre a data de entrega e a designada para recebimento de propostas*¹⁶⁸. A primeira vista, pode-se imaginar que a Prefeitura de São Paulo teria violado a Lei Geral de Licitações ao não permitir a participação do licitante interessado. Contudo, é possível concluir que a referida Lei também atende as previsões contidas na Lei Geral de Licitações, pois estabelece, no art. 1º, que *as licitações e os contratos administrativos, no âmbito do Município de São Paulo, sujeitar-se-ão às normas específicas desta lei, bem como à legislação federal [...]*¹⁶⁹;

a.4) caso muito semelhante ao da Prefeitura de São Paulo é o que ocorre no Poder Executivo de Salvador (BA). Em 1992 houve a publicação da Lei Municipal n.º 4.484, que

¹⁶⁷ VITÓRIA, Espírito Santo. Câmara Municipal. *Lei n.º 3.901, de 08 de dezembro de 1992*. Disponível em: <<http://sistemas.vitoria.es.gov.br/webleis/Arquivos/1992/L3901.PDF>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

¹⁶⁸ SÃO PAULO, São Paulo. Câmara Municipal. *Lei 13.278, de 07 de janeiro de 2002*. Dispõe sobre normas específicas em matéria de licitação e contratos administrativos no âmbito do Município de São Paulo. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/comp/?pId=3870>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

¹⁶⁹ Idem.

em seu art. 52 previu que a convocação, no convite, far-se-ia diretamente *aos possíveis interessados, cadastrados ou não, com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis entre a entrega da carta-convite e a data designada para recebimento das propostas, facultada a concomitante publicação no órgão de divulgação oficial do Município*¹⁷⁰. Tal Lei possui simetria ao disposto no Decreto-Lei n.º 2.300/86, vigente à época, com a peculiaridade de se conceder a opção, ao administrador, de publicar o aviso do convite em jornal oficial do Município, para fins tão somente de transparência. Contudo, com o advento da Lei n.º 8.666/93, a referida Prefeitura emitiu o Decreto n.º 10.267/1993, com o seguinte conteúdo:

Art. 1º Os 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 pelo Município, de verão cumprir as disposições da Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993.

Parágrafo Único - *As disposições da Lei nº 4484, de 08 de janeiro de 1992, publicado no Diário Oficial do Município de 21 e 22 de janeiro de 1992, no que não contrariem a Lei mencionada no caput deste artigo, continuam em vigor até que seja sancionada nova lei municipal sobre a matéria.*¹⁷¹ (grifo nosso)

Percebe-se, portanto, que houve a revogação tácita do art. 52 ora em comento, passando o Poder Executivo de Salvador a atender os mandamentos contidos na Lei Geral de Licitações.

b) em cinco capitais de estados brasileiros e em Brasília foi possível encontrar leis ou atos normativos que dessem tratamento diferente ao previsto na Lei n.º 8.666/93, no tocante à modalidade licitatória convite:

b.1) no site do Governo de Brasília foi encontrado o Decreto n.º 36.520/2015, que previu, nos arts. 8º e 9º:

Art. 8º As obras, serviços e compras recorrentes terão projetos padronizados por categorias, classes ou tipos, sendo preferencialmente utilizadas minutas de edital, carta-convite e contrato padronizadas, aprovadas pelo órgão jurídico competente.

[...]

¹⁷⁰ SALVADOR, Bahia. Câmara Municipal. *Lei n.º 4.484, de 08 de janeiro de 1992*. Dispõe sobre licitações e contratos da administração municipal e dá outras providências. Disponível em: <<https://cm-salvador.jusbrasil.com.br/legislacao/828496/lei-4484-92>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

¹⁷¹ SALVADOR, Bahia. Prefeitura Municipal. *Decreto n.º 10.267, de 10 de agosto de 1993*. Dispõe sobre a aplicação da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, no âmbito da administração pública municipal. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a1/ba/s/salvador/decreto/1993/1027/10267/decreto-n-10267-1993-dispoe-sobre-a-aplicacao-da-lei-n-8666-de-21-de-junho-de-1993-no-ambito-da-administracao-publica-municipal?q=10267>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

Art. 9º A padronização do objeto realizar-se-á mediante prévio processo administrativo, no qual constem as justificativas técnicas e econômicas, e será aprovada pelo ordenador de despesas ou outra autoridade competente.

§ 1º O processo de padronização deverá conter parecer técnico sobre o produto considerando as especificações técnicas e estéticas, desempenho, análise de contratações anteriores, custo e condições da manutenção, garantia e, finalmente, despacho motivado da autoridade competente, com a adoção do padrão, *devendo ser publicada na imprensa oficial e na rede mundial de computadores com a síntese da justificativa e a descrição sucinta do padrão definido.*¹⁷² (grifo nosso)

Depreende-se que no processo de padronização que aduz o aludido decreto, a síntese da justificativa e a descrição sucinta do convite (se, no caso concreto, esta for a modalidade escolhida) deverão ser publicadas na imprensa oficial e na rede mundial de computadores. Com efeito, a referida exigência, além de assegurar a transparência, garante a cientificação do maior número de licitantes interessados em participar do certame. Noutros termos, o processo de padronização, independentemente da modalidade licitatória que tenha sido escolhida, deverá conter as publicações mencionadas no § 1º, do art. 9º;

b.2) em pesquisa realizada no *site* da Prefeitura de São Luís (MA) não se encontrou nada sobre o tema, na legislação municipal. Todavia, ao acessar o campo da *Central de Licitações* do referido *site*, observou-se que não havia a possibilidade de assinalar a modalidade convite para pesquisa. Depreendeu-se, desta forma, que a Prefeitura de São Luís não realiza (e talvez nunca tenha realizado) licitação nesta modalidade, não podendo se atestar, contudo, se há alguma determinação legal/normativa, ou se simplesmente é (ou tornou-se) um costume local a não realização de licitações desta espécie;

b.3) no que tange à Prefeitura de Belo Horizonte (MG), o portal de *Transparência e Acesso à Informação* da mesma traz, ao lado esquerdo da tela, o botão *Conceitos*, que se encontra situado dentro da coluna *Licitações e Contratos*. Ao acessar este botão, o *site* remete a várias informações sobre o tema, inclusive, informa sobre a existência do Decreto n.º 10.710/2001, que dispõe sobre procedimentos administrativos de licitação e contratação. Consultado o referido ato normativo, atentou-se à redação do art. 129, que disciplina:

Sem prejuízo de outras disposições legais, os resumos dos instrumentos convocatórios relativos às *licitações na modalidade convite* deverão ser publicadas no *Diário Oficial do Município – DOM*, com antecedência de, no

¹⁷² BRASÍLIA, Distrito Federal. Governo. *Decreto n.º 36.520, de 28 de maio de 2015*. Estabelece diretrizes e normas gerais de licitação, contratos e outros ajustes para a Administração Direta e Indireta do Distrito Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/6cbf7f5e3ec2424e84f605ce0d1d967e/Decreto_36520_28_05_2015.html>. Acesso em: 18 abr. 2017.

mínimo, 5 (cinco) dias úteis do prazo para a apresentação das propostas.¹⁷³
(grifo nosso)

O art. 129 tratou de suplementar o conteúdo da Lei n.º 8.666/93, ao prever que as licitações na modalidade convite devem ser publicadas no Diário Oficial do Município. Desta maneira, a Prefeitura de Belo Horizonte inovou ao maximizar a forma de publicação do convite, não se limitando a estabelecer a simples afixação da carta-convite em mural de prédio público o que, com certeza, ampliará o número de interessados em participar da sessão de licitação;

b.4) de maneira muito idêntica, a Prefeitura de Curitiba (PR) editou a Lei Municipal n.º 15.608/2007, que em seu art. 37, § 3º, disciplinou que:

§ 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 gestora ou administrativa, a qual publicará o resumo do instrumento convocatório na imprensa oficial e por meio eletrônico, e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade.¹⁷⁴ (grifo nosso)

Constata-se que, além da Prefeitura de Curitiba exigir a publicação do resumo da carta-convite na imprensa oficial (da mesma forma como procede a Prefeitura de Minas Gerais), ela ainda ordena que o mesmo aviso deverá ser disponibilizado em meio eletrônico, ou seja, em seu sítio oficial. Assim, percebe-se que a Prefeitura realizou um *plus* ao divulgar a licitação de duas formas distintas, beneficiando, ainda mais, os licitantes que desejam participar do certame do convite.

b.5) no tocante à Prefeitura do Rio de Janeiro (RJ), a exploração sobre o assunto se iniciou através de consulta ao livro *Direito Administrativo – Legislação*, do autor Luiz Oliveira Castro Jungstedt¹⁷⁵. A partir desta consulta (que teve posterior visita ao sítio eletrônico da aludida Prefeitura, para fins de confirmação do conteúdo) foi encontrado o

¹⁷³ BELO HORIZONTE, Minas Gerais. Prefeitura Municipal. *Decreto n.º 10.710, de 28 de junho de 2001*. Dispõe sobre procedimentos administrativos de licitação e contratação, sobre programação, acompanhamento e avaliação da execução orçamentária e financeira, delega competências e dá outras providências. Disponível em: <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=acessoinformacao&tax=27804&lang=pt_BR&pg=10125&taxp=0&>. Acesso em: 18 abr. 2017.

¹⁷⁴ CURITIBA, Paraná. Câmara Municipal. *Lei n.º 15.608, de 16 de agosto de 2007*. Estabelece normas sobre licitações, contratos administrativos e convênios no âmbito dos poderes do Estado do Paraná. Disponível em: <<http://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-15608-2007-parana-estabelece-normas-sobre-licitacoes-contratos-administrativos-e-convenios-no-ambito-dos-poderes-do-estado-do-parana>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

¹⁷⁵ JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. *Direito administrativo – legislação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Thex, 1998, p. 273-274.

Decreto Municipal n.º 13.335/1994, que dispõe sobre a publicidade da licitação na modalidade de convite:

Art. 1º O instrumento convocatório de licitação na modalidade de Convite deverá ser publicado no Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro em resumo, no prazo estabelecido no inciso IV do § 2º do art. 21 da Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993, alterada pela Lei nº 8.883 de 08 de junho de 1994.

Parágrafo único. Os órgãos da administração convidarão o mínimo de 6 (seis) firmas, quando houver, sendo obrigatória a entrega do convite até 24 (vinte e quatro) horas antes da abertura das propostas e qualquer firma que o solicitar, conforme versa o § 3º, art. 22 da Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993 e suas alterações.

Art. 2º O Convite referente a cada licitação deverá ser encaminhado também às entidades de classe e empresariais.^{176/177} (grifo nosso)

Até este ponto da pesquisa, quando eram analisados leis ou atos normativos que versavam sobre o convite, apenas se encontravam inovações com relação à forma de publicação de seu aviso. Porém, além desta novidade, a Prefeitura do Rio de Janeiro também estipulou que o número mínimo de convidados deveria ser seis, e não apenas três, conforme determina a Lei Geral de Licitações, fator que possui peso muito importante para a ampliação da competitividade da licitação nesta espécie. Ademais, como forma de deixar ainda mais clara a transparência e aumentar a possibilidade da participação de eventuais interessados, o art. 2º do Decreto previu que o convite deveria ser encaminhado às entidades de classe e empresarias¹⁷⁸.

b.6) finalmente, o *site* da Prefeitura de Florianópolis (SC) foi o que talvez tenha chamado mais a atenção ao editar o Decreto n.º 13.727/2014, que será transcrito aqui, inclusive, com a sua justificativa¹⁷⁹:

O PREFEITO MUNICIPAL DE FLORIANÓPOLIS, no uso das atribuições que lhe confere o inciso III do art. 74, da Lei Orgânica Municipal, Considerando a indisponibilidade do interesse público pela Administração, o qual aduz que os interesses pertencentes à coletividade não se colocam sob a

¹⁷⁶ RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro. Prefeitura Municipal. *Decreto n.º 13.335, de 26 de outubro de 1994*. Dispõe sobre a publicidade da licitação na modalidade de convite. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a1/rj/r/rio-de-janeiro/decreto/1994/1334/13335/decreto-n-13335-1994-dispoe-sobre-a-publicidade-da-licitacao-na-modalidade-de-convite?q=13.335>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

¹⁷⁷ JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. *Direito administrativo – legislação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Thex, 1998, p. 273-274.

¹⁷⁸ Idem.

¹⁷⁹ Importante mencionar que a justificativa não faz parte da estrutura básica de lei ou ato normativo, conforme disciplina o art. 3º e seguintes da Lei Complementar n.º 95/98. Logo, é errônea a inclusão da mesma no corpo do Decreto n.º 13.727/2014.

livre disposição de quem quer que seja, inclusive do administrador público. Considerando que a Administração possui o poder/dever de zelar pelo correto e regular trâmite das suas contratações, sempre zelando pela probidade, lisura e transparência dos Contratos Administrativos. Considerando que o processo licitatório deve ser regido pelos princípios constitucionais da isonomia, legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e outros correspondentes. *Considerando que a finalidade da licitação deve ser sempre atender o interesse público, buscar a proposta mais vantajosa havendo igualdade de condições, bem como os demais princípios resguardados pela constituição, ressaltando o respeito ao princípio da isonomia.* Considerando o disposto no art. 23 § 4º da Lei 8.666, de 1993 que dispõe expressamente que a Administração Pública tem a prerrogativa de utilizar as modalidades de licitação de tomada de preços e concorrência pública nos casos em que couber o convite. Considerando que a adoção do procedimento acima assegura o princípio da isonomia e está em harmonia pela busca da proposta mais vantajosa à Administração. DECRETA:

Art. 1º Fica proibida a adoção da modalidade de licitação Carta-Convite no âmbito da Administração Pública Municipal de Florianópolis.

Art. 2º As contratações deverão respeitar as demais modalidades previstas em Lei.¹⁸⁰ (grifo nosso)

A justificativa inserida no aludido Decreto faz menção à garantia da isonomia e a busca da contratação mais vantajosa à Administração Pública como forma de refutar a utilização do convite. Outrossim, o Decreto cita que as contratações públicas devem respeitar os princípios inseridos na CF/88 e na Lei de Licitações, além de outros correlatos (compreende-se, portanto, essa extensão ao princípio da livre concorrência).

Coincidentemente, este Decreto utilizou dos mesmos argumentos ventilados neste trabalho, o que demonstra a relevância do tema e a coerência da afirmação sobre à estrutura da espécie licitatória convite ser deficitária, pois, como já dito por diversas vezes, ela viola o princípio da igualdade e da livre concorrência, ao passo que não se utiliza de meios adequados e modernos para a publicação de seu extrato de carta-convite, bem como trata de forma desigual os convidados (da qual é facultada a solicitação de cadastro) e os interessados (que devem, necessariamente, estarem cadastrados para poderem participar da competição).

De maneira inteligente, a justificativa do Decreto supra se apoiou no disposto no art. 23, § 4º, da Lei n.º 8.666/93, que autoriza a utilização da tomada de preços e a concorrência nos casos em que couber o convite, com a finalidade de evitar o uso deste.

¹⁸⁰ FLORIANÓPOLIS. Santa Catarina. Prefeitura Municipal. *Decreto n.º 13.727, de 24 de novembro de 2014.* Proíbe a contratação na modalidade carta convite no município de Florianópolis. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a1/sc/f/florianopolis/decreto/2014/1373/13727/decreto-n-13727-2014-proibe-a-contratacao-na-modalidade-carta-convite-no-municipio-de-florianopolis?q=13.727>>. Acesso em: 19 abr. /2017.

Por derradeiro, o art. 1º estabeleceu a proibição da adoção da modalidade convite no âmbito da Administração Pública Municipal de Florianópolis, devendo todas as contratações, além disso, respeitar as demais modalidades licitatórias previstas na Lei Geral (art. 2º)¹⁸¹.

Isto posto, a pesquisa quantitativa concluiu que um baixo número de capitais de Estados¹⁸² (apenas 22,22 %) mostraram a sua irresignação perante questões prejudiciais contidas no procedimento da modalidade de licitação convite. Dentre as capitais que legislaram sobre o tema, atestou-se que, de uma forma ou de outra, elas tentaram maximizar a sua publicidade (por meio de divulgação dos avisos em Diário Oficial ou em sítios eletrônicos), aumentaram o número mínimo de convidados que impõe a Lei n.º 8.666/93, ou, simplesmente, ignoraram tal espécie (seja por não mencionar no campo de busca de seu *site* a palavra convite, seja em razão da emissão de ato normativo proibindo a sua utilização), definindo a adoção de outra modalidade quando os valores da contratação correspondessem aos do convite.

3.4 A LEGISLAÇÃO DAS CAPITAIS QUE VISAM AUMENTAR A COMPETITIVIDADE E A PUBLICIDADE DO CONVITE, DE FORMA A SUPLEMENTAR AS DISPOSIÇÕES DA LEI N.º 8.666/93: AFRONTA DIRETA E FORMAL À CONSTITUIÇÃO FEDERAL?

Viu-se, no tópico anterior, que algumas prefeituras de capitais de Estados inovaram ao legislar sobre a modalidade licitatória convite, em alguns casos decretando pela sua não utilização, noutros ampliando a sua forma de publicidade e competitividade, tudo em prol da livre concorrência e isonomia entre todos os participantes.

Sem embargo, é indispensável que se realize algumas ponderações no tocante aos seguintes pontos: um Município (por intermédio do Prefeito ou dos Vereadores) poderia legislar sobre a alteração no procedimento do convite, conferindo maior publicidade e competitividade ao certame, tendo em vista que o art. 22, inciso XXVII¹⁸³, da CF/88, prevê a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação? E, ainda utilizando da mesma hipótese, se um parlamentar iniciasse o processo legislativo com essas

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² Somando-se a capital do Brasil a este percentual

¹⁸³ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 mai. 2017).

novas diretrizes dos convites, que se destinariam, principalmente, às licitações realizadas pelo Poder Executivo, ele estaria violando o Princípio da Separação de Poderes? Por derradeiro, a publicação dos extratos de cartas-convites não violaria o princípio da economicidade, na medida em que geraria custos aos cofres Municipais?

Salienta-se que as respostas para as indagações acima ventiladas serão realizadas à luz de posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF). Para tanto, o assunto será introduzido através da análise de dois julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP).

O primeiro julgado a ser estudado é o relativo à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 161.127-0/5-00)¹⁸⁴ ajuizada pelo Prefeito Municipal de Catanduva, que visava à suspensão dos efeitos da Lei Municipal nº 4.511/2008, de autoria de integrante do Poder Legislativo. Referida lei dispunha sobre *a veiculação e/ou divulgação na imprensa oficial dos editais denominados carta convite*^{185/186}, cujo valor fosse igual ou superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sendo que, segundo o requerente, a lei teria violado os arts. 25 e 144 da Constituição Estadual, em função do aumento de despesa pública sem indicação dos recursos disponíveis e em função da lei municipal não ter atendido os princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição Estadual¹⁸⁷. Da mesma forma, a referida Lei também teria violado a competência privativa da União para legislar sobre licitação.

Cumprir informar que a ADI foi julgada procedente, todavia, não foi realizada a devida motivação na decisão do relator, que apenas alegou o não cumprimento, pelo projeto de lei, do preceito contido no art. 25 da Constituição Paulista (atinentes à falta de indicação de recursos disponíveis). Aliás, o mesmo se aquietou no que tange ao suscitado pelo requerente sobre a lei não ter atendido os princípios da CF/88 e da Constituição Bandeirante. Por fim, o julgado aduz que é inconstitucional aludida lei, pelo fato de o Município de Catanduva ter legislado sobre matéria privativa da União, sendo *as regras da Constituição Federal sobre iniciativa reservada de observância compulsória por Estado e pelos Municípios, que não poderão afastar-se do modelo estabelecido pelo legislador constituinte*¹⁸⁸.

¹⁸⁴ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade 161.127-0/5-00. Relator: Des. Henrique Nelson Calandra. *Pesquisa de jurisprudência*, Acórdãos, 29 outubro 2008. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3366416&cdForo=0>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

¹⁸⁵ CATANDUVA, São Paulo. Câmara Municipal. *Lei n.º 4.511, de 11 de fevereiro de 2008*. Dispõe sobre a veiculação e/ou divulgação da imprensa oficial dos editais denominados “carta convite”. Disponível em: <http://leis.catanduva.sp.gov.br:8080/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/10943_texto_integral>. Acesso em: 04 mai. 2017.

¹⁸⁶ Idem.

¹⁸⁷ SÃO PAULO. Constituição (1989). Constituição do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/leis/legislacao-do-estado/>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

¹⁸⁸ Idem.

O segundo julgado em exame refere-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 0077349-02.2011.8.26.0000)¹⁸⁹ proposta pelo Prefeito do Município de Taquaritinga, em face da Lei Municipal nº 3.889/2011, de iniciativa parlamentar, que *dispõe sobre a obrigatoriedade de se publicar, na imprensa escrita e em sites da Internet, todas as licitações, inclusive as da modalidade carta-convite e dispensa de Licitação, no âmbito do município de Taquaritinga e dá outras providências*¹⁹⁰.

De acordo com o requerente desta ação, aludida lei invadiu competência da União e aumentou a despesa pública sem indicar os recursos próprios para o pagamento dos encargos decorrentes da sua execução.

Com efeito, a ADI acima referenciada foi julgada procedente, pelos seguintes argumentos: a) no que tange à organização e ao funcionamento da Administração do Município, a *competência é reservada ao Chefe do Poder Executivo, porquanto acarreta na criação de obrigações e despesas para o Município, nos termos dos arts. 5º, 24, §2º, 47, II e XIV e 144, da Constituição do Estado de São Paulo*¹⁹¹; b) a lei impugnada *estabelece obrigações que se traduzem em ingerência na Administração do Município, a qual é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, sendo descabido à Câmara Municipal criar atribuições para os órgãos públicos ou determinar seu modo de execução*¹⁹²; c) que a Lei nº 3.889/2011, portanto, padece de vício de inconstitucionalidade formal, *na medida em que diz respeito às atividades próprias do Poder Executivo, de competência privativa do Prefeito, violando o Princípio da Separação de Poderes, nos termos dos arts. 5º, 24, §2º, 47, II e XIV e 144 da Constituição do Estado de São Paulo*¹⁹³; d) a Lei 3.889/2011 não indica a fonte de custeio das despesas que decorrerão de sua execução, em afronta ao art. 25 da Constituição do Estado de São Paulo¹⁹⁴.

Com a devida *vênia* as decisões encampadas nos julgados acima, é notório que elas não foram tecnicamente bem fundamentadas e não realizaram uma ponderação acerca de princípios e regras constitucionais. Talvez fosse outra a sorte das decisões se tais questões tivessem sido levadas ao conhecimento dos tribunais superiores.

¹⁸⁹ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade 0077349-02.2011.8.26.0000. Relator: Des. Caetano Lagrasta. *Pesquisa de jurisprudência*, Acórdãos, 14 dezembro 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=5629696&cdForo=0>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

¹⁹⁰ Idem.

¹⁹¹ Idem.

¹⁹² Idem.

¹⁹³ Idem.

¹⁹⁴ SÃO PAULO. Constituição (1989). Constituição do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/leis/legislacao-do-estado/>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

Isso porque, no que atine à geração de gastos com despesas para publicação de avisos de carta-convite em jornal oficial municipal, importante mencionar que não se está diante da criação de despesa extraordinária, tendo em vista o gasto irrisório/inexistente que um município teria ao inserir no jornal (que já é instituído por ele) informação sucinta, contendo apenas os dados necessários da espécie licitatória. Ademais, também é inquestionável a inexistência de despesas reais para publicação, quando da sua veiculação em sítios oficiais de um município.

No que concerne à alegação sobre violação do Princípio da Separação de Poderes, tendo em vista o fato de a Câmara Municipal ter supostamente legislado sobre matéria de iniciativa do Prefeito, é necessário que se revele o teor constitucional sobre a competência do Poder Executivo:

Art. 61. [...]

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

- a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;
- b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;
- c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;
- d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;
- e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;
- f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.¹⁹⁵

Segundo o princípio da simetria das formas, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal sempre serão subordinados aos modelos normativos adotados pela União, objetivando a unilateralidade interpretativa. Dessa forma, o conteúdo inserido no inciso II, § 1º, do art. 61, da CF/88, também se estende aos governadores de Estados e prefeitos municipais, sendo inconstitucionais as constituições estaduais e leis orgânicas municipais que prevejam, em seus respectivos conteúdos, matérias estranhas relativas à competência do chefe máximo de cada órgão.

¹⁹⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 mai. 2017).

Deduz-se, além disso, que *leis de iniciativa da Câmara ou, mais propriamente, de seus vereadores são todas as que a lei orgânica municipal não reserva, expressa e privativamente, à iniciativa do prefeito*¹⁹⁶. Ou seja, simetricamente, tudo aquilo que não estiver inserido no inciso II, do § 1º, do art. 61, da CF/88, poderá ser de iniciativa do Poder Legislativo. Esse é o fundamento que sustenta a possibilidade de as Câmaras Municipais (e o Poder Legislativo, num todo) legislarem sobre a ampliação da publicidade e aumento do número de convidados, no convite, pois não há previsão no referido artigo constitucional que impeça tal ato. Portanto, o Poder Legislativo não invade competência ao legislar sobre a organização administrativa do Poder Executivo, nos termos do que define a CF/88. Essa é tese, aliás, acolhida pelo STF, quando do julgamento pela improcedência da ADI 3.059, do Estado do Rio Grande do Sul:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. LEI Nº 11.871/02, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, QUE INSTITUI, NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REGIONAL, PREFERÊNCIA ABSTRATA PELA AQUISIÇÃO DE SOFTWARES LIVRES OU SEM RESTRIÇÕES PROPRIETÁRIAS. EXERCÍCIO REGULAR DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO-MEMBRO. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGIFERANTE RESERVADA À UNIÃO PARA PRODUZIR NORMAS GERAIS EM TEMA DE LICITAÇÃO. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA IMPESSOALIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA ECONOMICIDADE. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

2. A matéria atinente às licitações e aos contratos administrativos não foi expressamente incluída no rol submetido à iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo (CRFB, art. 61, §1º, II), sendo, portanto, plenamente suscetível de regramento por lei oriunda de projeto iniciado por qualquer dos membros do Poder Legislativo.¹⁹⁷ (grifo nosso)

Nessa oportunidade, o redator do acórdão, Ministro Luiz Fux, asseverou que a Lei n.º 11.871/2002, que versava sobre a preferência abstrata pela aquisição de *softwares* livres ou sem restrições proprietárias, não violava a letra *b*, do inciso II, do § 1º, do art. 61, da CF/88, pois tratava de matéria no âmbito da Administração Pública estadual, e não de matéria orçamentária, menos ainda de organização administrativa. *Ademais, a iniciativa legislativa prevista no aludido dispositivo constitucional foi reservada ao Presidente da República*

¹⁹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 620.

¹⁹⁷ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3059/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ayres Britto. *Pesquisa de jurisprudência, Acórdãos*, 09 abril 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

*apenas por se tratar de matéria adstrita aos Territórios Federais*¹⁹⁸, sendo *inaplicável aos Estados-membros, com suposto fundamento no princípio da simetria, a mencionada reserva de iniciativa*¹⁹⁹. Sobre o assunto, o Ministro ainda complementou o raciocínio, ao afirmar:

Como se percebe, a matéria atinente às licitações e aos contratos administrativos não foi expressamente incluída no rol submetido à iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, sendo, portanto, plenamente suscetível de regramento por lei oriunda de projeto iniciado por qualquer dos membros do Poder Legislativo.

Não convence, ademais, o argumento de que as licitações e os contratos administrativos são relacionados com a organização da Administração Pública. Cuida-se de matéria que não trata da organização da máquina administrativa em si, mas da disciplina das contratações públicas, questão que, à toda evidência, transcende a mera estruturação do Poder Executivo. A rigor, as normas sobre licitações e contratos administrativos relacionam-se intrinsecamente com o controle da Administração Pública, uma das funções precípua do próprio Poder Legislativo. Nota-se claramente a distinção entre esta matéria e, por exemplo, a definição do regime jurídico dos servidores públicos ou a estrutura dos Ministérios de Estado – estas, sim, próprias da organização do Executivo e, portanto, submetidas à iniciativa privativa do respectivo Chefe do Poder.²⁰⁰

Destarte, carece de fundamento a proposição que supõe a violação à separação de poderes, primeiro porque o tema licitação não se assemelha a assuntos voltados a organização da Administração Pública, mas tão somente ao tema das contratações públicas; segundo em razão das normas sobre licitações relacionarem-se ao controle da Administração Pública, função típica do Poder Legislativo; terceiro, ainda que se sustente a possibilidade de a licitação ser enquadrada na organização administrativa, tal regra deverá ser observada tão somente pelo chefe do executivo dos Territórios, por força da literalidade insculpida na letra *b*, do inciso II, § 1º, do art. 61, da CF/88.

Por derradeiro, a última questão a ser discutida neste tópico reporta-se à suposta violação da competência privativa da União (em legislar sobre normas gerais de licitações) por municípios que legislem sobre a possibilidade de alteração do procedimento do convite, especificamente, quanto à forma de publicidade e aumento do número mínimo de convidados.

Sobre essa questão, a própria ADI 3.059 também versou. De acordo com o voto do Ministro Ayres Britto, *desde que não contrariem a legislação geral, os Estados e o Distrito Federal dispõem de um campo relativamente vasto de legiferação suplementar*^{201/202}, o que

¹⁹⁸ Idem

¹⁹⁹ Idem.

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ Nos termos do art. 30, inciso II, da Constituição, *Compete aos Municípios: [...] II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber*. Em relação aos Estados, a competência suplementar encontra-se disciplinada

ocorreu, *in casu*, tendo os postulados constitucionais da eficiência e da economicidade (CF/88, arts. 37, *caput* e 70 *caput*) justificado a iniciativa do legislador estadual em estabelecer preferência em favor de *softwares* livres a serem adquiridos pela Administração Pública.

O mesmo raciocínio pode ser transportado para a situação em comento, pois a legislação municipal que visou o aumento de publicidade e do número mínimo de convidados, no convite, não contrariou a essência legal e constitucional das contratações públicas, haja vista que o que se pretende, com licitações, independentemente da modalidade a ser utilizada, é a efetivação dos seus princípios, que no caso em tela traduzem-se na isonomia, livre concorrência e transparência.

Outro argumento favorável à constitucionalidade da legislação municipal sobre licitações (este caso, talvez, sendo mais específico) pode ser aferido por meio de outro julgado do STF, a saber:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BRUMADINHO-MG. VEDAÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O MUNICÍPIO DE PARENTES DO PREFEITO, VICE-PREFEITO, VEREADORES E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS MUNICÍPIOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades. *O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI da Constituição, assegurando a igualdade de condições de todos os concorrentes.* Precedentes. Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, *caput* da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes.

no § 2º, do art. 24, da Constituinte: § 2º *A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.*

²⁰² BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3059/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ayres Britto. *Pesquisa de jurisprudência*, Acórdãos, 09 abril 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade ou de invasão da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação. Recurso extraordinário provido.²⁰³ (grifo nosso)

Contextualizando, o caso supra refere-se à previsão, na Lei Orgânica do Município de Brumadinho/MG²⁰⁴, de proibição de se contratar os parentes, afins, ou consanguíneos dos agentes políticos e dos ocupantes de cargos em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, em obediência aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa.

Salienta-se que é hialino o posicionamento do STF a respeito de as normas locais relativas à licitação poderem se adequar a realidade dos municípios, suplementando as normas gerais, no intuito de se assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes. E é exatamente este o propósito da legislação municipal trazida na pesquisa quantitativa deste capítulo: suplementar a Lei n.º 8.666/93. Outrossim, o voto do Ministro Joaquim Barbosa abordou assunto que reafirma esta tese:

Da generalidade da norma às particularidades de cada ente da Federação, pode-se afirmar que a Constituição deixa aberta a porta da discricionariedade. *Contudo, em tema de licitação, como já decidiu esta Corte, a discricionariedade existe para preservar um interesse público fundamental: a possibilidade de efetiva, real e isonômica competição. É a busca pela competição que justifica certa liberdade do legislador e do administrador.*²⁰⁵ (grifo nosso)

Dessa forma, as legislações de Estados e Municípios que visam dar aplicabilidade aos princípios relacionados à transparência pública, isonomia e livre concorrência objetivam, tão somente, o dilatamento da competitividade do certame, não se podendo cogitar de afronta à competência privativa da União positivada no art. 22, inciso XXVII, da CF/88, pois, o que ocorre, de fato, é a suplementação da Lei Geral de Licitações.

²⁰³ BRASIL. Recurso Extraordinário 423560. Relator: Min. Joaquim Barbosa. *Pesquisa de jurisprudência, Acórdãos*, 29 maio 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28423560%2E+OU+423560%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hbo8fck>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

²⁰⁴ BRUMADINHO, Minas Gerais. Lei Orgânica (2008). Lei Orgânica do Município de Brumadinho. Disponível em: <http://www.brumadinho.mg.gov.br/arquivos/lei_organica_atualizada_2008.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2017.

²⁰⁵ Idem.

Portanto, a legislação das capitais que visam aumentar a competitividade e a publicidade do convite, de forma a suplementar as disposições da Lei n.º 8.666/93, não afrontam direta e formalmente à Constituição Federal.

Dessa forma, foi possível constatar, neste capítulo, que a diminuta publicidade e a exigência de cadastramento para os interessados em participar de contratações que envolvam a modalidade licitatória convite são condutas que visam a redução, ou até mesmo eliminação, da livre concorrência e da igualdade.

No que tange a abordagem realizada à luz do livro *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, constatou-se que não é possível vislumbrar que a pessoalidade de tratamento concedida a certo grupo de pessoas (convidados) possua qualquer justificativa racional capaz de permanecer em termos com a isonomia.

Com relação a pesquisa quantitativa realizada, foi apurado que um baixo número de capitais de estados (apenas 22,22 %) mostraram a sua irrisignação perante questões prejudiciais contidas no procedimento da modalidade de licitação convite, legislando sobre o tema.

Por fim, o último tópico averiguou, como já dito há pouco, que as legislações de Estados e Municípios que visam dar aplicabilidade aos princípios relacionados à transparência pública, isonomia e livre concorrência instigam o aumento da competitividade do certame, da qual não se cuida de afronta à competência privativa da União, mas, puramente, de suplementação da Lei Geral de Licitações.

4. O CONVITE E A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA, IGUALDADE E PUBLICIDADE

Este capítulo se prestará ao desfecho do trabalho, onde será realizada, inicialmente, uma análise da modalidade licitatória convite sob a ótica de alguns princípios constitucionais, para se concluir se a dita modalidade encontra respaldo na constituinte.

Na sequência, será examinado o Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013, que visa instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública, dando maior enfoque às inovações do Projeto, inclusive no que tange as modalidades licitatórias e a publicidade dos atos administrativos.

Posteriormente, será verificado se o convite está inserido no PLS e se ele se encontra despedido dos vícios contidos na Lei n.º 8.666/93.

Por fim, o último capítulo se prestará a realizar um levantamento de algumas soluções para os vícios apresentados.

4.1 O CONVITE E O ANTAGONISMO EM RELAÇÃO AOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

No decorrer deste trabalho, constatou-se que a modalidade licitatória convite viola o princípio da livre concorrência, igualdade e publicidade.

Primeiramente, viu-se que o convite desrespeita a livre concorrência, prevista no inciso IV, do art. 170 da CF/88, que representa a *abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social*²⁰⁶. Além disso, o princípio da livre concorrência tem a finalidade de garantir aos agentes econômicos a disputa igualitária do mercado.

O mercado (que é alicerçado pela livre concorrência) deve estar aberto às leis da oferta e da procura e não deve impor *restrições quanto ao número de empresas de um mesmo setor que busquem instalar-se, a fim de conquistar seu espaço*²⁰⁷. Noutras palavras, deve ser

²⁰⁶ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 256.

²⁰⁷ CASTRO, Aldo Aranha; SIMONE, Genovez. *Aplicabilidade dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência com vistas ao desenvolvimento econômico*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=48af87b587036693>>. Acesso em: 10 mar. 2017

rechaçado qualquer tipo de restrição que impeça determinada empresa de atuar no mercado (ressalvadas as hipóteses que se traduzam na regulação por parte do Estado).

Com efeito, além de permear a relação entre particulares, a livre concorrência também deve ser garantida em todos os procedimentos que envolvam a contratação de empresas pela Administração Pública, ou seja, ela deve estar ligada às licitações. Para tanto, a Administração Pública deve estimular a competição sob a guarda da igualdade, não só em relação àqueles que participam das relações negociais privadas, mas para garantir a mesma oportunidade àqueles que desejam participar da sessão licitatória. Exigências que exorbitem a qualificação técnica e econômica (como as cláusulas editalícias), por exemplo, devem ser eliminadas dos instrumentos convocatórios, pois violam a equidade no certame, implicando na violação à livre concorrência.

No que tange ao princípio da igualdade, o tópico 3.2 deu tratamento especial ao assunto. Trazendo a cabo à modalidade licitatória convite ao cerne do tema deste tópico, constatou-se que a desequiparação que se pretendeu para esta espécie atinge de modo atual e absoluto tão somente os convidados; as pessoas desequiparadas pelo procedimento (convidados e interessados) não são efetivamente distintas, não sendo possível constatar características diferenciadas entre elas; não há qualquer correlação lógica que justifique o discrimen; não há, *in concreto*, qualquer pertinência em função dos interesses constitucionais protegidos, nem há que se falar em razão valiosa para o bem público, porque, pelo contrário, existe afronta direta ao inciso XXI, do art. 37 da CF/88, que prevê sobre a *igualdade de condições a todos os concorrentes*²⁰⁸. Dessa forma, deduziu-se que para a perfeita realização do bem público é necessária a vantajosidade da contratação, logo, não podem existir embaraços que impeçam ou limitem a competição, pois isso comprometeria o aumento de ofertas no certame.

Por fim, a necessidade de publicação de todos os atos e procedimentos relativos à Administração Pública (excetuando-se as hipóteses previstas na legislação), e que se traduz no princípio da publicidade, também foi um assunto abordado neste trabalho. *Pelo princípio da publicidade impõe-se que todos os atos praticados pelos agentes administrativos sejam do pleno conhecimento da coletividade*²⁰⁹. Para tanto, no caso do convite, é imprescindível que a publicidade seja ampla²¹⁰, não bastando, apenas, a simples fixação de instrumento convocatório em mural da unidade administrativa, tendo em vista a existência de outros

²⁰⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2017.

²⁰⁹ CALASANS JUNIOR, José. *Manual da licitação*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 18.

²¹⁰ Excetuando-se o conteúdo do envelope de propostas, até o momento de sua abertura.

métodos mais modernos e eficazes para se ampliar a publicidade (como a publicação em diários oficiais e jornais de grande circulação regional).

Aliás, em pleno século XXI, não é possível que se admita *meia transparência* no que tange aos procedimentos licitatórios, pelo fato de a sociedade estar cada vez mais intolerante a decisões obscuras tomadas pelo administrador (e que muitas vezes visam camuflar atos corruptos), bem como pelo motivo de se constatar que no mundo contemporâneo, em decorrência dos processos de globalização e modernização tecnológica, existe a possibilidade da maximização da publicidade de uma maneira que não demande maior esforço. Noutras palavras, o convite não obedece ao princípio da publicidade em sua plenitude, pois não se utiliza de um método de publicação capaz de garantir o amplo conhecimento pela sociedade.

Nesta senda, comprovou-se que a discriminação de tratamento, no convite (imposta pela Lei n.º 8.666/93), atine a diminuta publicidade que é oferecida aos interessados, aliada a exigência de cadastramento aos mesmos, em desequilíbrio ao que se prevê para os convidados que, por força da mesma lei, não necessitam estar cadastrados para participarem do certame. E a pertinência do tema foi constatada em termos práticos, em razão da pesquisa quantitativa realizada no tópico 3.3, que revelou a insurgência de certos capitais de estados brasileiros que, ou buscaram alterar o seu procedimento (maximizando a forma de publicidade ou aumentando o número mínimo de convidados), ou, de outra forma, optaram pela não adoção da modalidade em apreço. Tudo para garantir a igualdade de participação entre convidados e interessados.

Dessa forma, a conclusão que se chega neste trabalho é a de que, em razão da modalidade licitatória convite violar os princípios constitucionais da livre concorrência, da igualdade e, da publicidade, ela é manifestamente inconstitucional.

4.2 O PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 559/2013 (PROJETO DE LEI DA CÂMARA N.º 6.814/2017) E A NOVA PERSPECTIVA PARA AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 6.814/2017, que trata da atualização e da modernização da Lei Geral de Licitações.

Insta salientar que o aludido projeto já foi aprovado no Senado, na qual possuía a intitulação de Projeto de Lei n.º 559/2013, tendo sido concebido inicialmente no âmbito da Comissão de Modernização da Lei de Licitações e Contratos²¹¹.

²¹¹ Importante pontuar que o Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013 foi impulsionado no contexto da Agenda Brasil, com a finalidade de promover a retomada do crescimento econômico do país.

Em consulta realizada no sítio eletrônico oficial da Câmara dos Deputados, observou-se que, na data de 09/02/2017, o projeto foi encaminhado às Comissões de mérito para análise e parecer (Comissões de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável; Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços; Trabalho, de Administração e Serviço Público; Finanças e Tributação e Constituição e Justiça e de Cidadania) sendo que, até a presente data (02/05/2017), nenhuma comissão havia analisado a proposição e elaborado parecer sobre a referida.

Destarte, o estudo sobre o projeto da nova lei de licitações terá como abordagem o texto aprovado pelo Senado, na qual serão analisadas, de forma geral, as principais inovações contidas no projeto e que se relacionam ao tema. Logo, o presente estudo não visa o esgotamento de todas as matérias insculpidas no Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013.

Para tanto, é considerado marco temporal inicial da pesquisa a data de dois de maio de dois mil e dezessete, tendo como marco final a data de vinte de maio de dois mil e dezessete.

Como já mencionado anteriormente, o Projeto de Lei n.º 559/2013 é de autoria da Comissão de Modernização da Lei de Licitações e Contratos. Segundo o relatório desta Comissão, a reforma da legislação atual sobre licitações teriam alguns propósitos, quais sejam: a) a união das Leis n.ºs 8.666/93 (Lei de Licitações), 10.520/02 (Lei do Pregão) e 12.462/11, em um único diploma legal, que também seria acrescido de inovações; b) o fim do formalismo em excesso, sendo conferida maior celeridade aos procedimentos, a fim de se conseguir melhor qualidade nas compras; c) a garantia do tratamento isonômico entre os participantes; e d) o incentivo a inovação tecnológica e a promoção do desenvolvimento sustentável no território nacional.

Durante o processo legislativo, a análise do PLS foi feita em conjunto por três comissões: a de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), a de Assuntos Econômicos (CAE) e a de Serviços de Infraestrutura (CI). Posteriormente, o projeto também passou pelo crivo da Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional (CEDN).

Com efeito, ao final do procedimento, a matéria recebeu 56 emendas em Plenário, 4 emendas na CAE, 4 emendas na CCJ, 2 emendas na CI e 32 emendas na CEDN, sendo, em 09/11/2016, aprovado o relatório da Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional.

Em 08/12/2016 houve a aprovação do Substitutivo - Emenda n.º 99 - PLEN, tendo à matéria sido submetida a turno suplementar, hipótese em que foram apresentadas mais 57 emendas de plenário.

Imperioso destacar que durante os trabalhos parlamentares foram realizadas audiências públicas com a participação de especialistas do setor público e do setor privado.

Além disso, ressalta-se que, durante a sua tramitação, o texto contou com a colaboração de técnicos da Casa Civil da Presidência da República, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, do Ministério da Fazenda, do Ministério da Justiça e da Controladoria-Geral da União.

No que tange ao projeto de lei, em si, foram observadas várias inovações em relação ao modelo vigente.

Aos princípios elencados na Lei n.º 8.666/93 (legalidade, impessoalidade, moralidade, probidade administrativa, igualdade, publicidade, eficiência, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo) foram somados a eficácia, a motivação, a segurança jurídica, a razoabilidade, a competitividade, a proporcionalidade, a celeridade, a economicidade e a sustentabilidade (art. 4º).

O art. 9º traz os objetivos do processo licitatório, que resumem os propósitos previstos no relatório da Comissão de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, ou seja: *I – assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública; II – assegurar a justa competição entre os licitantes; III – incentivar a inovação tecnológica e o desenvolvimento socioeconômico*²¹². Salienta-se que, para a obtenção de tais fins, o projeto orienta que as licitações deverão ser realizadas, preferencialmente, sob a forma eletrônica (art. 15, § 2º).

Uma questão muito importante e discutida durante a tramitação do PLS é a relativa à publicidade dos editais de licitação. À época, o Senador Rodrigo Rollemberg, por intermédio de uma emenda parlamentar, tentou inserir (e obteve sucesso) um artigo para que o Poder Público desse continuidade na publicação dos editais na imprensa diária, em jornal de grande circulação no Estado e, caso houvesse, em jornal de circulação no Município onde será realizado o objeto da licitação. Para tanto, ele argumentou sobre a importância da transparência pública com os seguintes dizeres:

A ampliação de acesso à informação favorece o controle social mais efetivo da gestão pública, contribui para uma gestão mais democrática das atividades governamentais, fomentando a cultura de transparência através da edição impressa e virtual da informação sobre iniciativas da Administração Pública junto ao mercado.

²¹² BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 559/2013*. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

É cediço que um dos problemas da falta de informações, até como fator de indução, está ligado à corrupção, havendo nítida relação inversa entre corrupção e disseminação de informações, ou seja, é a sociedade que arca com o custo da desinformação através dos mais variados mecanismos, sendo a corrupção apenas um deles.

O objetivo de transparência e grande divulgação dos atos convocatórios relativos às licitações, somente se alcança com a divulgação pela internet associada à divulgação por intermédio das publicações em órgãos de imprensa diária com grande circulação estadual ou local. Portanto, há que se buscar a ampliação dos mecanismos de disseminação de informações, e não a restrição destes, mormente no caso dos jornais em pequenas municipalidades, que se tornam, em razão de processo licitatório, órgãos oficiais de publicação dos atos da gestão local.²¹³

Sobre a publicidade do edital de licitação, prescreve o *caput* do art. 48 do PLS que ela será realizada mediante divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório. Aliado a isto, o § 1º, do art. 48 estabelece como obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município²¹⁴.

Com relação às fases do procedimento, o art. 15 prevê que todas as modalidades possuem as fases invertidas, ou seja, o julgamento das propostas antecede a habilitação, peculiaridade que adveio do pregão e que foi utilizada no RDC. No entanto, o § 1º do art. 15 possibilita que, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, seja antecedida a fase de habilitação.

No que se refere às modalidades licitatórias, o art. 25 elenca tais espécies: *I – concorrência; II – convite; III – concurso; IV – leilão; V – pregão; VI – diálogo competitivo*²¹⁵. Nota-se que, em relação à legislação atual referente a licitações, apenas a modalidade tomada de preços deixou de existir²¹⁶. Outro aspecto que também difere do modelo atual é o fato de as modalidades não serem mais separadas em razão do seu valor, com exceção da modalidade convite, que deverá ser utilizada para *aquisição de bens, serviços e obras com valor de até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), conforme estabeleceu o inciso XXXVII do art. 5º*²¹⁷. Ressalvada a modalidade convite, que será analisada com maior

²¹³ Idem.

²¹⁴ Idem.

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ Evidencia-se, pela leitura do relatório final da Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, que no projeto de lei original não figuravam as modalidades licitatórias tomada de preços e convite. Todavia, durante o trâmite legislativo no Senado, apenas o convite foi reintegrado ao corpo do projeto de lei.

²¹⁷ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 559/2013*. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

profundidade no tópico subsequente, o PLS assim dispõe sobre a essência das demais modalidades:

Art. 5º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

concorrência: modalidade de licitação cujo critério de julgamento poderá ser:

a) menor preço;

b) melhor técnica ou conteúdo artístico;

c) técnica e preço;

[..]

XXXVIII – concurso: modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico;

XXXIX – leilão: modalidade de licitação utilizada para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance;

XL – pregão: modalidade de licitação para aquisição de bens, serviços e obras comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;

XLI – diálogo competitivo: modalidade de licitação em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo;²¹⁸

Segundo o art. 26 do aludido projeto, *a concorrência e o pregão seguem rito comum, adotando-se o segundo sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado*²¹⁹. Ademais, o § 1º do mesmo artigo ainda estipula as hipóteses nas quais o pregão não deverá ser utilizado: nas contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual; nas contratações de bens e serviços especiais, nas de obras e serviços especiais de engenharia e de obras, assim como nas relativas aos serviços e fornecimentos de grande vulto. Além destas hipóteses, o § 2º do art. 26 ainda disciplina que *no caso de obras e serviços comuns de engenharia*²²⁰, *o pregão somente poderá ser utilizado*

²¹⁸ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 559/2013*. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>>. Acesso em: 20 mai. 2017

²¹⁹ Idem.

²²⁰ Importante frisar, aliás, que diferentemente do que previa a Lei do 10.520/02, no PLS o pregão também poderá ser utilizado quando o objeto envolver a contratação de obras e serviços de engenharia desde que, como já informado, o valor desta não ultrapasse o montante de cento e cinquenta mil reais.

*quando a contratação envolver valores inferiores a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)*²²¹.

Consoante o art. 52, § 1º, do PLS, os instrumentos convocatórios poderão exigir garantia não superior a 5% (cinco por cento) do valor estimado para a contratação. Além de o projeto ter aumentado o valor da garantia, em comparação ao exigido pela Lei n.º 8.666/93, que estabelece o montante de 1% (um por cento) do valor orçado da licitação, deixou de existir qualquer modalidade que pudesse ser excetuada da solicitação da garantia, como ocorre com o pregão, da Lei n.º 10.520/02. Quanto a garantia contratual, o PLS estabelece que ela poderá chegar a 20% (vinte por cento) do valor do contrato, quando a contratação se referir a obras, serviços e fornecimento (§ 3º, art. 89). O § 4º do art. 89, todavia, disciplina que nas obras e nos serviços de engenharia de grande vulto, a garantia poderá atingir o percentual de 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato, hipótese em que o edital, da mesma forma, poderá prever a exigência do cumprimento de seguros adicionais. Ademais, em licitações de obras o edital poderá estabelecer a obrigatoriedade de a seguradora assumir o contrato, nos casos de descumprimento pelo contratado, havendo a previsão de multa equivalente ao valor integral da garantia, à seguradora, se ela recusar-se a adimplir a obrigação (art. 89, § 7º, inciso II).

A maior novidade no projeto ficou por conta da modalidade diálogo competitivo, muito utilizada em legislações europeias. Por intermédio desta espécie, o Poder Público reúne os licitantes previamente selecionados e debate acerca de possíveis soluções para o atendimento de suas necessidades, sendo que os licitantes deverão apresentar proposta final após o encerramento do diálogo.

Assim, o diálogo competitivo deverá ser utilizado quando a contratação envolver objetos tecnicamente complexos, que escape ao domínio comum do conhecimento da Administração Pública e dos licitantes. Com efeito, o art. 29 do projeto elenca alguns quesitos a serem seguidos para a realização desta modalidade licitatória:

Art. 29. O modo de diálogo competitivo é restrito a contratações em que a Administração:

I – vise a contratar objeto que envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou

²²¹ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 559/2013*. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

c) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado;

II – verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam vir a satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:

a) a solução técnica mais adequada;

b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; ou

c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato; e

III – considere que os modos de disputa aberto e fechado não permitem apreciação adequada das variações entre propostas.

§ 1º Na hipótese de diálogo competitivo, será observado o seguinte:

I – quando da publicação do instrumento convocatório, a Administração divulgará apenas suas necessidades e as exigências já definidas;

II – os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital;

III – é vedada a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante;

IV – a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;

V – o diálogo poderá ser mantido até que a Administração identifique a solução que atenda às suas necessidades;

VI – o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;

VII – ao declarar que o diálogo foi concluído, a Administração abrirá prazo não inferior a 20 (vinte) dias para que os licitantes apresentem suas propostas finais, que deverão conter todos os elementos necessários para a realização do projeto;

VIII – a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação ou distorçam a concorrência entre as propostas;

IX – a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios a serem divulgados a todos os licitantes no momento da abertura do prazo para apresentação de propostas finais;

X – o diálogo competitivo será conduzido por banca composta de pelo menos 3 (três) servidores ou empregados públicos efetivos, admitindo-se a contratação de profissionais para assessoramento técnico da banca;

XI – órgãos de controle poderão acompanhar e monitorar os diálogos.

§ 2º Os profissionais contratados para os fins do inciso X do § 1º assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.²²²

No tocante à inexigibilidade e à dispensa de licitação, o tema foi abordado nos arts. 67 e 68, respectivamente, do Projeto de Lei n.º 559/13. Além do mais, o projeto inovou ao prever que *na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis*²²³.

²²² Idem.

²²³ Idem.

De acordo com o art. 68 do PLS, é dispensável a licitação para a *para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia, desde que a modalidade convite não possa ser empregada sem prejuízo aos objetivos da contratação*²²⁴ (inciso I) e para a *contratação que envolva valores inferiores a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), no caso de outros serviços e compras, desde que a modalidade convite não possa ser empregada sem prejuízo aos objetivos da contratação*²²⁵ (inciso II).

Constata-se que, em comparação ao tema correlato previsto na Lei n.º 8.666/93, houve a atualização dos valores que autorizam a contratação direta. Na lei vigente, obras e serviços de engenharia podem ser contratados quando o valor estimado da licitação não supere a quantia de quinze mil reais, enquanto que o projeto do Senado prevê o teto de sessenta mil reais. Nos demais casos (outros serviços e compras), a Lei n. 8.666/93 libera a utilização da dispensa caso a contratação não supere o valor de oito mil reais, ou seja, quase a metade do valor disciplinado no PLS para esta hipótese (quinze mil reais). No entanto, o novo regramento sobre as licitações disciplina que a contratação direta deverá, nestes casos, ser subsidiária, pois a Administração Pública terá de valer-se, prioritariamente, da modalidade licitatória convite.

Outrossim, conforme disposição expressa do art. 68, inciso VIII, o prazo da contratação por emergência passará a ser de no máximo 360 (trezentos e sessenta) dias²²⁶.

Outro ponto interessante no projeto de lei do Senado foi à criação da figura do agente de licitação, que é o servidor que toma as decisões, acompanha o trâmite do processo e dá impulso ao procedimento licitatório (art. 7º, § 1º). Conforme o § 3º do art. 7º, o agente de licitação poderá ser substituído por comissão de licitação, quando o objeto desta for complexo, sendo que os membros (mínimo de três) responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado aquele que registrar opinião diversa na ata de sessão. Por derradeiro, a Administração poderá contratar, por prazo determinado, serviço de empresa ou profissional especializado para assessorar os responsáveis pela condução do processo licitatório (art. 7º, § 5º)²²⁷.

²²⁴ Idem.

²²⁵ Idem.

²²⁶ Salienta-se que o Projeto de Lei do Senado n.º 559/13 dobrou o prazo contido na Lei n.º 8.666/93, para os casos de contratação emergencial.

²²⁷ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 559/2013*. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

No que concerne à habilitação, houve simplificação das exigências de qualificação técnica para a fase de habilitação, cabendo à Administração, a seu critério, substituir algumas exigências impostas ao licitante (as positivadas nos incisos I e II²²⁸ do art. 60, especificamente), por outra prova de que o mesmo possua experiência prática na execução de obra ou serviço de características semelhantes. Inclusive, a apresentação de atestados emitidos por entidades estrangeiras poderão ser apresentados sem averbação da entidade profissional competente brasileira (art. 60, § 4º, do PLS).

Quanto à habilitação econômico-financeira do licitante, os requisitos para a sua comprovação (balanço patrimonial e certidão negativa de efeitos sobre falência) poderão ser dispensados mediante a apresentação de seguro-garantia, desde que previsto em edital (§ 6º, do art. 62).

A respeito da duração dos contratos, o Projeto de Lei n.º 559/13 estabelece prazos diferenciados em relação a algumas situações: a) até 5 (cinco) anos, nas hipóteses de fornecimento continuado de bens ou serviços (§ 1º, do art. 92); b) até 10 (dez) anos, nos casos previstos no inciso IV, alíneas *f* e *g*, e nos incisos V, VI, XII e XVI, do art. 68²²⁹ (§ 4º, art. 92); c) nas contratações que gerem receita para a Administração, o prazo será de até 10 (dez anos), nos contratos sem investimentos e até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimentos (incisos I e II, no § 6º, do art. 92); e d) até 15 (quinze) anos, se o contrato previr

²²⁸ Art. 60. A documentação relativa à qualificação técnica será restrita a:

I – apresentação de profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;

II – certidões ou atestados de contratações similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior; [...] (BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 559/2013*. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>>. Acesso em: 20 mai. 2017).

²²⁹ Art. 68 [...]IV – para contratação que tenha por objeto: [...] *f*) bens ou serviços produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional; *g*) materiais de uso das Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar; [...] V – para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes; VI – quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das forças ou dos demais ministérios; [...] XII – para celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua Administração indireta que envolva prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação; [...] XVI – para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou na contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos (BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 559/2013*. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>>. Acesso em: 20 mai. 2017).

a operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação (§ 12, do art. 92)²³⁰.

Sobre a execução do contrato, algumas observações necessitam ser feitas: a) a insuficiência financeira será motivo ensejador para o impedimento da execução da obra ou serviço, nos termos do art. 93, § 1º; b) de acordo com o § 2º do art. 98, a Administração poderá prever a aquisição de seguro-garantia ou efetuar depósito de valores em conta vinculada, para garantir o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado; c) o art. 100 define que a decisão sobre a paralisação de obra somente será adotada na hipótese em que se revelar como medida que não prejudique o interesse público, tendo elencado, em seus incisos, os aspectos relevantes para aplicação de tal medida (se não implicar em riscos socioambientais, custos adicionais da deterioração ou na perda de parcelas já executadas, assim como resultar na perda de empregos diretos e indiretos em razão da paralisação, entre outros fatores). A essência deste artigo visa forçar uma ponderação, por parte do aplicador da lei, sobre a eficiência na realização dos serviços públicos e a punibilidade das empresas que violaram o procedimento licitatório.

Acerca da alteração dos contratos, o projeto de lei disciplina algumas peculiaridades: a) no caso do reequilíbrio econômico-financeiro será respeitada a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato (art. 101, inciso II, alínea *d*); b) mesmo após a extinção do contrato, poderá ser reconhecido o reequilíbrio econômico-financeiro (requerido durante sua vigência), situação na qual será concedida indenização por meio de termo indenizatório; c) a extrapolação dos limites previstos no projeto (acréscimo de 25 % ou 50% do valor contratado, conforme o caso), decorrente de erro grosseiro no orçamento do projeto, resultará em apuração de responsabilidade do responsável técnico (art. 101, § 3º); d) possibilidade de alterações qualitativas em valor superior aos limites previstos no projeto (art. 101, § 13)²³¹.

Finalizando o assunto atinente aos contratos, dispõe o PLS que constitui motivo para rescisão de contrato, dentre outros, o atraso superior a 45 (quarenta e cinco) dias, por parte da Administração, dos pagamentos ou de parcelas dos pagamentos devidos por obras, serviços ou fornecimentos já recebidos ou executados.

No tocante às sanções, o PLS disciplina, além de outras, as seguintes regras: a) as multas não poderão ser inferiores a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta; b) quando

²³⁰ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 559/2013*. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

²³¹ Idem.

aplicada a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, o agente econômico ficará impedido de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos (art. 112, § 4º); c) no caso das sanções atinentes ao impedimento e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, as mesmas poderão ser extintas pela própria autoridade que aplicou a pena, desde que haja a reparação integral do dano causado à administração pública e, em se tratando da declaração de inidoneidade, cumulativamente, o transcurso do prazo mínimo de 3 (três) anos da aplicação da penalidade.

Salienta-se que o Projeto de Lei do Senado n.º 559/13 se prestou, também, a acrescentar o Capítulo II – B no Código Penal, intitulado *Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos*. Observa-se que houve maior severidade na aplicação das penas, pois, dentre os tipos legais, encontram-se as punições para aquele que: frustrar o caráter competitivo da licitação, patrocinar contratação indevida, contratar agente econômico inidôneo, fraudar licitação, perturbar o procedimento licitatório, violar o sigilo em licitação *etc*²³².

No tocante às impugnações, pedidos de esclarecimentos e recursos, o aludido projeto prescreve o seguinte: a) quanto às impugnações e pedidos de esclarecimentos, o art. 115 estipulou que os pedidos deverão ser protocolados até 2 (dois) dias antes da data de abertura das propostas, em caso de licitação para aquisição ou alienação de bens (inciso I), e até 8 (oito) dias antes da data de abertura das propostas, em caso de licitação para contratação de obras ou serviços (II); b) a lei não fixou prazo para resposta do Poder Público, tanto para a impugnação quanto para o esclarecimento; c) o recurso passou a ter prazo de 8 (oito) dias, para todas as modalidades, contados da data de intimação ou de lavratura da ata (art. 116, inciso I)²³³.

Por fim, as disposições finais e transitórias estabelecem o seguinte: a) que os valores fixados no PLS deverão ser anualmente revistos pelo Poder Executivo federal, sendo que tal revisão terá como limite superior a variação geral de preços do mercado, apurada no exercício financeiro anterior (art. 124, parágrafo único); b) que o tribunal de contas reputará como denunciante de má-fé aquele que alterar a verdade dos fatos ou provocar a jurisdição com o intuito exclusivamente protelatório, sendo aplicada multa de até 1% (um por cento) do orçamento estimado para a contratação; c) segundo o art. 130, os arts. 86 a 108 da Lei n.º 8.666/93 serão revogados na data de publicação do PLS, enquanto que os artigos restantes

²³² Idem.

²³³ Idem.

desta Lei, assim como a Lei n.º 10.520/02 e os arts. 1º a 47 da Lei n.º 12.462/11 apenas serão revogados depois de decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial do Projeto de Lei do Senado (559/13)²³⁴.

Dessa forma, apurou-se que o projeto da nova lei de licitações, em tese, promete aumentar a competitividade do certame, assegurar a transparência das informações públicas, garantir a vantajosidade da contratação e aumentar a celeridade procedimental.

4.2.1 A previsão do convite no Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013 e suas peculiaridades

Inicialmente, o Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013 não havia trazido a previsão do convite (e nem da tomada de preços) no rol das modalidades de licitação. Todavia, durante consulta realizada no *site* do Senado, foi possível constatar que, a partir de substitutivo apresentado pelo senador Fernando Bezerra Coelho, em julho de 2016, o convite voltou a ter *status* de modalidade de licitação.

Assim, atestou-se que no projeto de lei encaminhado à Câmara dos Deputados constou, no art. 27, o convite como modalidade licitatória. No entanto, comparando o modelo que vige na Lei n.º 8.666/93 com o do PLS, verificou-se que o procedimento do convite encontra-se totalmente alterado.

A mudança trazida no projeto de lei, no que tange ao convite, inicia-se a partir da leitura do artigo 68, referente à dispensa de licitação:

Art. 68. É dispensável a licitação:

I – para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia, *desde que a modalidade convite não possa ser empregada sem prejuízo aos objetivos da contratação;*

II – para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), no caso de outros serviços e compras, *desde que a modalidade convite não possa ser empregada sem prejuízo aos objetivos da contratação;*²³⁵ (grifo nosso)

A partir deste texto extraído do PLS, percebe-se que, independente do valor, a aquisição de produtos e contratação de serviços e obras não poderá mais ocorrer de forma direta, prioritariamente. Isto porque, segundo o projeto de lei, deverá ser priorizada a utilização do convite, a não ser que exista algum motivo plausível (como a demora na

²³⁴ Idem.

²³⁵ Idem.

realização de seu procedimento, imagina-se) capaz de tornar-se num obstáculo prejudicial à finalidade da contratação.

A propósito, o projeto de lei tratou de inserir o convite na lista de definições do art. 5º, disciplinando que o mesmo é a *modalidade de licitação para aquisição de bens, serviços e obras com valor de até R\$ 150.000,00*²³⁶ (*cento e cinquenta mil reais*). Salienta-se que, dentre todas as modalidades, apenas o convite é caracterizado em razão do limite de valor.

No que tange ao procedimento do convite, o art. 27 estabelece o seguinte:

Art. 27. O convite observará as seguintes regras e condições:

I – poderá ser utilizado para contratações de valores inferiores a R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

II – a Administração obterá 3 (três) ou mais cotações antes da abertura da fase de apresentação de propostas adicionais;

III – a Administração divulgará, em sítio eletrônico oficial ou em outro meio apto a dar conhecimento ao público acerca da licitação, o interesse em obter propostas adicionais com a completa identificação do objeto pretendido, dispensando-se a publicação de edital;

IV – a adjudicação da melhor proposta somente ocorrerá após o prazo mínimo de 3 (três) dias, contado da divulgação a que se refere o inciso III.²³⁷

Pela simples leitura do dispositivo acima, verifica-se que o novo convite é mais célere em relação ao modelo da Lei n.º 8.666/93. Tal afirmação justifica-se, pois, o PLS prevê que entre a divulgação dos orçamentos e a adjudicação da melhor proposta deverá existir o lapso temporal de apenas três dias (corridos), enquanto a Lei de Licitações disciplina que entre o prazo da divulgação do edital e da apresentação das propostas haverá o prazo de pelo menos cinco dias úteis. Isso sem mencionar que o convite da lei vigente ainda exige a elaboração de instrumento convocatório para se contratar, o que acaba, obviamente, demandando tempo para a sua elaboração, obrigatoriedade esta que o PLS dispensou.

Outrossim, nota-se que a Administração Pública possuía uma margem financeira maior para utilizar o convite quando a contratação exigir aquisição de bens e serviços comuns. Isso porque a Lei n.º 8.666/93, para os mesmos objetos, disponibiliza ao Poder Público apenas o limite de oitenta mil reais.

Ademais, constata-se que dois problemas antigos da Lei de Licitações foram resolvidos pelo Projeto de Lei n.º 559/13: a exigência de cadastramento ao licitante interessado e a falta de ampla publicidade ao certame.

²³⁶ Idem.

²³⁷ Idem.

O primeiro relaciona-se a não existência, mais, do fator de discriminação entre convidados e interessados. O PLS não impõe o pré-requisito do cadastramento prévio como condição para eventual interessado participar da licitação. Além disso, é preciso ponderar se, de fato, a Administração estaria *convidando* agentes econômicos a participarem do certame, ou se o que ocorre, em verdade, é um falso convite, pois a solicitação de três cotações não se mostra como mecanismo a garantir privilégio a certos sujeitos, mas, tão somente, em método matemático para avaliação de custos que beneficia o interesse público.

O segundo deles diz respeito à ampliação da forma de publicidade da espécie licitatória em tela. Além de exigir que a Administração publique o interesse de receber propostas adicionais em seu sítio eletrônico oficial (descrevendo a identificação do objeto pretendido), o PLS ainda permite que a publicidade se dê por intermédio de outro meio eficaz a dar conhecimento ao público, como o jornal oficial do município e os jornais de grande circulação regional.

Embora o PLS tenha resolvido, finalmente, os problemas acima elucidados atinentes a modalidade licitatória convite, imperioso mencionar que ele parece ter criados outros.

Uma questão a ser considerada reflete sobre os dados da licitação convite que serão divulgados no *site* do órgão público. Se tais dados sobre a licitação abrangerem o nome dos convidados e os referidos preços ofertados, os licitantes interessados poderão facilmente cobrir a proposta daqueles, situação na qual ficarão impossibilitados de apresentar novas ofertas, tendo em vista que, pela literalidade do projeto, só será possível a apresentação de *propostas adicionais*, ou seja, exibida por outros agentes econômicos. E não seria possível se cogitar de má-fé dos servidores públicos que divulgassem os valores cotados, em vista da obrigatoriedade imposta pela transparência passiva.

Com efeito, se a Lei n.º 8.666/93 beneficia o convidado por não obrigar o cadastramento do mesmo como condição para participar do certame, o Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013 passa a privilegiar o interessado, pois permite que ele tome ciência dos preços ofertados pelos convidados e ganhe vantagem na disputa (isso se o projeto for interpretado sob a ótica da ponderação do parágrafo anterior). Uma vez sendo cientificado dos preços, torna-se confortável a situação do interessado, que poderá reduzir em um centavo a proposta do concorrente para sagrar-se vencedor.

Evidencia-se, por esse raciocínio, que o licitante convidado jamais conseguirá se sagrar vencedor da disputa, figurando no procedimento meramente como parte figurante. Dessa forma, o convite do PLS ainda continua a violar os princípios da livre concorrência e da isonomia, todavia, a parte atingida passou a ser o convidado.

Por outro lado, se outra interpretação for dada ao dispositivo, a de que nem os convidados e nem os preços deverão ser divulgados, o problema seria outro. Por esse raciocínio, apenas o servidor público responsável pelo recebimento das cotações saberia sobre os valores envolvidos na contratação. Com isso, este servidor passaria a ser muito visado pelos agentes econômicos interessados na disputa, o que poderia acarretar em corrupção no procedimento licitatório. É claro que tal conclusão não pode ser tomada como regra, contudo, trata-se de uma reflexão que não pode ser descartada em seu todo.

Com efeito, parece ser mais sensato que seja procedida à exclusão (novamente) do convite dentre as modalidades de licitação, pois, as hipóteses para a sua utilização confundem-se perfeitamente com as do pregão. Qual seria a lógica de se criar dois procedimentos que buscam o mesmo fim? Afinal de contas, o que se pretende, também, com a edição da nova lei licitatória é a desburocratização, que engloba, de igual forma, a simplificação e padronização de procedimentos para que seja facilitado o trabalho de quem o desenvolve, assim como para melhor internalização do conteúdo (seja por parte dos agentes públicos, ou, por parte dos agentes econômicos) relativo às modalidades licitatórias.

Dessa forma, é hialino que a Câmara dos Deputados deverá se debruçar sobre as questões acima narradas e alterar o dispositivo no que for pertinente, ou expurgando-o do projeto, ou garantindo que o mesmo permaneça em consonância com os princípios previsto no projeto, notadamente, aos que se referem à isonomia, livre concorrência e publicidade.

4.3 DAS SOLUÇÕES POSSÍVEIS AOS VÍCIOS APRESENTADOS

Em meio à discussão relativa à baixa publicidade e a exigência de cadastramento (do interessado) no convite, há que se questionar o seguinte: quais seriam as possíveis soluções para os vícios apresentados?

As alternativas seguintes mostrarão quatro possíveis saídas (sem prejuízo de outras medidas a serem criadas, pois, não é o propósito deste trabalho esgotá-las): a) a extinção do convite; b) a não aplicação do convite; c) a aplicação de outros procedimentos no convite; e d) a utilização do convite sob a tutela de um *compliance* público.

Com relação à primeira hipótese, a extinção do convite poderia ser uma medida a se programar. Como se pôde observar no tópico anterior, o Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013, em sua formatação inicial, buscou essa finalidade, ao eliminar o convite (e a tomada de preços) dentre as modalidades licitatórias (não obstante, por intermédio do

substitutivo apresentado pelo senador Fernando Bezerra Coelho, o convite tivesse voltado a integrar o rol das espécies de licitação).

O fato de o Senado ter elaborado o projeto sem a figura do convite foi uma atitude empregada que só reafirma a relevância do tema, reascendendo a tese de que esta espécie licitatória encontra-se eivada de parcialidade. Ademais, a problemática relativa ao convite ainda poderá ser objeto de discussão na Câmara dos Deputados sendo, inclusive, possível a sua retirada novamente do teor do projeto. Aliás, trazendo a discussão sob o enfoque da eficiência, qual seria o sentido de manter no ordenamento jurídico uma modalidade licitatória que poderia facilmente ser substituída por outras modalidades (como o pregão, em se tratando de obras e serviços comuns, e a concorrência, se o objeto disser respeito a obras e serviços de engenharia)? Outrossim, se no PLS n.º 559/2013 houve um aperfeiçoamento do pregão, na qual haverá a possibilidade de realizar licitações, nesta espécie, que envolvam obras e serviços de engenharia até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), qual seria o sentido de manter o convite nele?

Outra solução que poderia ser adotada é a não utilização do convite. Nesta situação hipotética, não se roga pela extinção do convite (previsto na Lei n.º 8.666/93) mas, tão somente, pela sua não utilização. Esta, inclusive, foi a postura adotada pela Prefeitura de Florianópolis/SC (situação verificada por intermédio da pesquisa quantitativa realizada no tópico 3.3), em que a justificativa do Decreto Municipal n.º 13.727/2014 fundamentou que a licitação pública tem a finalidade de garantir a aplicação de vários princípios constitucionais, dentre eles, a livre concorrência, a isonomia e a publicidade. Destarte, o referido decreto disciplinou que o Poder Público daquela capital deveria utilizar outra modalidade para realizar a licitação.

Assim, caso a opção seja pela não adoção do convite, parece ser mais adequado analisar o objeto da licitação para, a partir daí, escolher uma entre as possíveis alternativas: se o objeto da licitação não se relacionar a obras ou a serviços de engenharia, a Administração Pública deverá utilizar, preferencialmente, a modalidade licitatória pregão, pois, inclusive, a fase de lances em seu procedimento é um mecanismo que auxilia o administrador a alcançar a economicidade; caso o objeto envolva obras e serviços de engenharia, o Poder Público deverá valer-se do disposto no § 3º, do art. 23, da Lei n.º 8.666/93. Assim, *nos casos em que couber*

*convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência*²³⁸.

A terceira solução que poderia ser empregada é a aplicação de outros procedimentos no convite, a fim de aumentar a competitividade deste. Para tanto, o modelo a ser seguido, neste caso, poderia ser o mesmo que a Prefeitura do Rio de Janeiro se valeu: ela possibilitou, por meio do Decreto Municipal n.º 13.335/1994, que o instrumento convocatório de licitação na modalidade de Convite pudesse ser publicado no Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro, em resumo.

No entanto, dúvidas relativas ao teor do § 8º, do art. 22, da Lei n.º 8.666/93 poderiam surgir. Segundo este dispositivo, *é vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo*²³⁹. Algum órgão de fiscalização (ou agente econômico) poderia indicar que houve a combinação entre o convite e a forma de publicidade que é dada à concorrência, à tomada de preços e ao pregão, por exemplo, e que tal hipótese estaria violando o disposto no aludido § 8º, do art. 22. Contudo, perfilha-se do entendimento de que o emprego da ampla publicidade ao certame não altera o procedimento do convite (que seria o caso, por exemplo, se fosse dispensada a elaboração do instrumento convocatório, ou se fosse diminuído o prazo para divulgação da carta-convite). E ainda que se aceitasse, por mera suposição, que estar-se-ia realizando a combinação entre modalidades de licitação, o item 3.1 desta pesquisa concluiu que a falta de publicidade acarretaria na violação da livre concorrência e da igualdade e que, conseqüentemente, haveria violação da Constituição Federal. Logo, o que se teria é a inconstitucionalidade do § 8º, do art. 22, da Lei de Licitações, por vedar uma estratégia (combinação do convite e a forma de publicidade das outras modalidades da lei) que estaria em perfeita sintonia com os princípios constitucionais.

Por fim, a quarta solução seria a utilização do convite sob a tutela de um *compliance* público.

O *compliance*²⁴⁰ nada mais é do que a utilização, pelas empresas, de mecanismos de integridade para que os funcionários sempre mantenham comportamentos éticos nas relações desenvolvidas no ambiente de trabalho. A Lei n.º 12.846/2013 define, em seu art. 7º, inciso VIII, que a adoção de mecanismos desta estirpe conduz a mitigação de eventuais sanções que

²³⁸ BRASIL. Lei n.º 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 mai. 2017.

²³⁹ Idem.

²⁴⁰ O termo *compliance* (que também costuma ser denominado de governança corporativa) deriva do verbo inglês *to comply*, e significa cumprir, ou seja, é o dever de cumprir e fazer cumprir regulamentos internos e externos de aderência voluntária.

poderão ser impostas a uma empresa. Assim, segundo o art. 7º, *serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica*²⁴¹.

Todavia, em se tratando de *compliance*, o Estado possui uma postura um tanto quanto contraditória: ele disciplinou na Lei Anticorrupção a possibilidade de empresas possuírem programas internos de controle e integridade, mas não investe em programas da mesma natureza em sua estrutura administrativa, inclusive, não há previsão sobre o tema na legislação. Ora, se quem elabora a lei e a executa não serve como modelo, qual será o interesse daquele a qual a lei se destina em implantar tal sistema, e de forma voluntária?

Desta feita, a Administração Pública deve desenvolver programas de *compliance* de natureza pública, capacitando os agentes públicos a agirem de forma honesta e leal na realização de suas atribuições, com o fito de erradicar a corrupção no setor público.

A necessidade da implantação de um *compliance* público brasileiro também pode ser constatada através de matéria publicada no *site* da ONG Transparência Internacional.

O *site* da ONG acima citada realizou um *ranking* sobre a percepção da corrupção em 176 (cento e setenta e seis) países do mundo, no ano de 2016, na qual o Brasil ocupou a posição de número 79 (setenta e nove)²⁴². O *sítio* da aludida ONG comentou que *os resultados deste ano destacam a conexão entre corrupção e desigualdade, que se alimentam umas das outras para criar um círculo vicioso entre a corrupção, a distribuição desigual do poder na sociedade e a distribuição desigual da riqueza*²⁴³. Noutros termos, a corrupção é um fator que influencia diretamente na desigualdade social.

O *site* da ONG Transparência Internacional ainda abordou o assunto da seguinte forma:

Os países de menor ranking em nosso índice são atormentados por instituições públicas não confiáveis e em mal funcionamento, como a polícia e o judiciário. Mesmo onde as leis anticorrupção encontram-se positivadas, na prática elas são muitas vezes contornadas ou ignoradas. As pessoas frequentemente enfrentam situações de suborno e extorsão, dependem de

²⁴¹ BRASIL. Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 25 mar. 2013.

²⁴² Insta salientar que o critério de pontuação da pesquisa é de 0 (mais corrupto) até 100 (menos corrupto), tendo esta sido mensurada através da opinião de especialistas sobre corrupção no setor público. O Brasil ocupou a posição n.º 79, com 40 pontos.

²⁴³ INTERNATIONAL, Transparency. *Corruption perceptions index 2016*. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016>. Acesso em: 16 mai. 2017.

serviços básicos que foram prejudicados pela apropriação indevida de fundos, e confrontam a indiferença oficial quando buscam reparação de autoridades que estão na tomada.

[...]

Os países de mais alto escalão tendem a ter graus mais elevados de liberdade de imprensa, acesso à informação sobre as despesas públicas, *padrões mais fortes de integridade para funcionários públicos* e sistemas judiciais independentes. Mas os países de alta pontuação não podem se dar ao luxo de ser complacentes, tampouco.²⁴⁴ (grifo nosso)

É hialino que não se mostra suficiente apenas possuir mandamentos relacionados a anticorrupção, se os mesmos não são postos em prática. Para que isso ocorra (conforme a ONG informou) são necessários padrões mais fortes de integridade para funcionários públicos, pois este é o método que os países menos corruptos se utilizam para diminuir/erradicarem a corrupção.

Com efeito, ideal seria que o Brasil se espelhasse na legislação de países de primeiro mundo para elaborar a sua própria governança corporativa pública. Um modelo a ser seguido poderia ser o utilizado pela Itália.

O tema em apreço é tratado pela Lei 190/2012 e, segundo as Convenções Internacionais, possui grande efetividade ao prevenir a corrupção por intermédio do modelo de autorregulamentação da Administração Pública. Trata-se de um *compliance* público, sendo que

[...] o norte do novo modelo de ações preventivas está na incorporação dos chamados códigos de conduta específicos, um código ético, por parte dos servidores. Em suma: um código específico para cada setor da Administração, levando em conta suas particularidades, sendo indispensável que os próprios servidores possam participar diretamente de sua elaboração, especialmente aqueles ligados aos órgãos de controladoria e de gestão jurídica. Isto, na visão do legislador italiano, poderá levar à prevenção de atos de corrupção de maneira mais efetiva, uma vez que os Códigos ou Estatutos de servidores têm se mostrado inúteis, justamente por serem demasiadamente genéricos.²⁴⁵

Salienta-se que a Lei n.º 190/2012 disciplina sobre o código de conduta no art. 44: o Governo *define as administrações públicas o código dependente de conduta para garantir a qualidade dos serviços, prevenção da corrupção, o respeito pelos deveres constitucionais de*

²⁴⁴ Idem.

²⁴⁵ BREIER, Ricardo. *Implementação de programas de compliance no setor público é um desafio*. 20 ago. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/ricardo-breier-compliance-setor-publico-desafio-pais>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

*cuidado, a lealdade, a imparcialidade e o serviço exclusivo para cuidar do interesse público*²⁴⁶.

Outrossim, a lei italiana ainda diz que o Estado deve investir em um plano trienal anticorrupção que seja capaz de: a) identificar nas atividades públicas os setores que correm o maior risco de serem corrompidos; b) elaborar mecanismos de controle preventivo sobre estes setores; c) criar mecanismos de supervisão de atividade com risco de corrupção.

Portanto, não basta, apenas, que o Brasil invista numa nova Lei de Licitações (ou leis de transparência ou, ainda, que tratem da anticorrupção) sem que, de igual forma, crie um *compliance* público. Com a criação do *compliance* público, os princípios licitatórios serão fortalecidos, pois serão postos em prática de forma mais efetiva pelos servidores da Administração.

Destarte, se houver a criação de um *compliance*, o servidor desenvolverá o procedimento licitatório de forma mais proba, ética em geral, a ponto de, a título de exemplo, se preocupar em escolher a modalidade que melhor se adéque a necessidade do caso concreto (aniquilando pensamentos que tendam a beneficiar certos fornecedores) à luz dos princípios da Administração Pública (especialmente, publicidade, igualdade e livre concorrência). De igual forma, ao ser ensinado sobre a importância da transparência pública, o servidor terá maior zelo com a publicidade dos atos administrativos e, por derradeiro, dará maior importância ao dinheiro público, sendo refutadas condutas corruptivas que visem à diminuição da competição, ao prejuízo ao erário e ao enriquecimento ilícito.

Viu-se, neste capítulo, que a modalidade licitatória convite viola os princípios constitucionais da livre concorrência, igualdade, e publicidade, sendo, por conseguinte, inconstitucional. O tópico seguinte realizou uma breve análise do Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013 (que trata das novas diretrizes das licitações), no tocante às principais novidades sobre o tema. Com relação ao convite, pôde-se apurar que ele resolve o problema atual inserto na Lei n.º 8.666/93, que diz respeito à falta de ampla publicidade do certame e a desigualdade de tratamento para participação do mesmo. Todavia, ele traz dúvida sobre a imprescindibilidade, ou não, de se publicar os orçamentos no sítio eletrônico da Administração e se, tanto em um, quanto noutro caso, acarretaria em desequilíbrio da competição (pois prejudicaria o convidado, caso houvesse a publicação da cotação de preços) ou em corrupção por parte do servidor público responsável por realizar a cotação (pois ele

²⁴⁶ ITÁLIA. *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*. *Gazzetta Ufficiale*, 13 nov. 2012. Disponível em <<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2012/11/13/012G0213/sg>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

seria um indivíduo muito visado pelos agentes econômicos, no caso de não ser publicado o orçamento). Finalmente, o desfecho do capítulo explanou sobre as quatro possíveis soluções para a problemática envolvendo o convite.

CONCLUSÃO

Não é de hoje que os princípios da publicidade, livre concorrência, da igualdade, e outros que se relacionam à Administração Pública encontram-se positivados na mesma Constituição Federal, ao lado da licitação.

Historicamente, os princípios da livre iniciativa e livre concorrência eclodiram no decorrer de uma ascensão do neoliberalismo pelo mundo. Em meio a um período pós-ditatorial, a Constituição Federal foi elaborada com o fito de garantir, principalmente, o bem-estar social e, ao mesmo tempo, possibilitar a abertura do novo modelo neoliberal (apenas sob o viés econômico e de forma moderada) através da inclusão dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência na constituinte. E tais princípios tiveram o objetivo fulcral de assegurar a liberdade dos agentes econômicos em se lançarem ao mercado, que seria disputado por todos os concorrentes em pé de igualdade.

Com efeito, a mesma garantia de igualdade na disputa do mercado privado também ganharia tons de simetria perante as contratações públicas, pois este foi um dos objetivos que traçou a Constituição ao tratar das licitações públicas. Aliás, não só da garantia de igualdade se prestaria à licitação, mas, da mesma forma, da efetivação dos princípios da livre concorrência e da publicidade.

Ocorre que, com o advento da Lei n.º 8.666/93 (Lei Geral de Licitações), foi possível constatar que nem todas as modalidades licitatórias colaboraram para a afirmação dos supracitados princípios constitucionais. Esta foi a situação verificada na espécie convite.

Neste contexto, atestou-se que a diminuta publicidade que é dada ao certame (em que o instrumento convocatório é divulgado por intermédio de simples afixação em local apropriado da unidade administrativa, o que dificultada a cientificação do interessado quanto à existência de licitação nesta espécie) e a exigência de cadastramento ao licitante interessado (obrigação da qual não se exige do convidado) são impropriedades que violam os princípios constitucionais da: a) igualdade e livre concorrência: pois são utilizados critérios diferentes para a convocação de convidados e interessados; e b) publicidade: pois não se utiliza de um método de publicação capaz de garantir o amplo conhecimento por toda a sociedade. Portanto, não restaram dúvidas quanto à modalidade licitatória convite ser inconstitucional.

Salienta-se que a relevância do tema também foi observado nos sítios eletrônicos de 5 (cinco) prefeituras de capitais de Estados brasileiros (São Luís/MA, Belo Horizonte/MG, Curitiba/PR, Rio de Janeiro/RJ e Florianópolis/SC) e da capital do Brasil (Brasília), que legislaram sobre o tema. Em alguns casos, decidiu-se por aumentar a competitividade do

certame, noutros optou-se pela não adoção do convite. Aliás, a repercussão do tema ainda pôde ser verificada em dois julgados do TJ/SP, relativos às cidades de Catanduva e Taquaritinga, em que foram ajuizadas ações diretas de inconstitucionalidade contra as legislações municipais que se propuseram a tal fim (ações descabidas, como se concluiu, tendo em vista abordagem realizada à luz de posicionamento encampado pelo Supremo Tribunal Federal).

Dessa forma, firmou-se o entendimento de que o convite é inconstitucional, tendo em vista que afronta os princípios da livre concorrência, da igualdade e da publicidade.

Ademais, analisou-se o Projeto de Lei do Senado n.º 559/13, que trata da nova lei de licitações, tendo sido constatado que, exatamente da forma como se encontra o texto da proposição (que ainda depende de tramitação e aprovação na Câmara dos Deputados), o mesmo conseguiu resolver os problemas atuais relativos ao tema. Todavia, outros problemas foram detectados no que tange a divulgação (ou não), no sítio oficial de cada órgão/entidade, dos preços e dos nomes dos agentes econômicos que enviarão cotações de preços a cada ente. Pensando nisso, concluiu-se que o mais sensato a ser feito é realizar a exclusão do convite do rol das modalidades de licitação previstas no projeto de lei, pois, as hipóteses para a sua utilização confundem-se perfeitamente com as do pregão.

Por derradeiro (e sem a pretensão de finalizar o assunto do último tópico), foram propostas quatro soluções possíveis para o caso em tela: a) a extinção do convite; b) a não aplicação do convite; c) a aplicação de outros procedimentos no convite; e d) a utilização do convite sob a tutela de um *compliance* público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFAYA, Natália Maria Ventura da Silva; SIQUEIRA, Patrícia. *A livre concorrência como fator de estímulo ao processo de desenvolvimento pleno no Estado Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7bda457c9196778e>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

ANDERSON, P. *Balanço do neoliberalismo*. In: SADER, E.; GENTILI, P. (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

BARROZO, Paulo Daflon. *A ideia de igualdade e as ações afirmativas*. *Lua Nova [online]*. 2004, n.63, pp.103-141. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n63/a05n63.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

BELO HORIZONTE, Minas Gerais. Prefeitura Municipal. *Decreto n.º 10.710, de 28 de junho de 2001*. Dispõe sobre procedimentos administrativos de licitação e contratação, sobre programação, acompanhamento e avaliação da execução orçamentária e financeira, delega competências e dá outras providências. Disponível em: <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=acessoinformacao&tax=27804&lang=pt_BR&pg=10125&taxp=0&>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3059/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ayres Britto. *Pesquisa de jurisprudência*, Acórdãos, 09 abril 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas das Comissões*. Comissão da Ordem Econômica. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, abril de 1987.

_____. *Atas das Comissões*. Subcomissão do Sistema Financeiro. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, abril de 1987.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 mar. 2017.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de junho 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. Decreto n.º 2.926, de 14 de maio de 1862. Approva o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

_____. Decreto n.º 4.536, de 28 de janeiro de 1922. Organiza o Código de Contabilidade da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4536.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Decreto n.º 7.185, de 27 de maio de 2010. Dispõe sobre o padrão mínimo de qualidade do sistema integrado de administração financeira e controle, no âmbito de cada ente da Federação, nos termos do art. 48, parágrafo único, inciso III, da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7185.htm>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. Decreto n.º 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. Decreto n.º 15.783, de 08 de novembro de 1922. Aprova o regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D15783.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 06 abr. 2017.

_____. Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. Decreto-Lei n.º 2.348, de 24 de julho de 1987. Altera o Decreto-lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986, que dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del2348.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. Decreto-Lei n.º 2.360, de 16 de setembro de 1987. Altera o Decreto-lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986, que dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del2360.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. Lei n.º 4.401, de 10 de setembro de 1964. Estabelece normas para a licitação de serviços e obras e aquisição de materiais no Serviço Público da União, e dá outras

providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4401.htm>. Acesso em: 06 abr. 2017.

_____. Lei n.º 5.456, de 20 de junho de 1968. Dispõe sobre a aplicação aos Estados e Municípios das normas relativas as licitações previstas no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5456.htm>. Acesso em: 08 abr. 2017.

_____. Lei n.º 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. Lei n.º 8.883, de 08 de junho de 1994. Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8883.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998. Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9648cons.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

_____. Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. Lei n.º 9.854, de 27 de outubro de 1999. Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regula o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9854.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. Lei n.º 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura

Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

_____. Lei n.º 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 abr. 2017.

_____. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/L12529.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 25 mar. 2017.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 559/2013*. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Recurso Extraordinário 423560. Relator: Min. Joaquim Barbosa. *Pesquisa de jurisprudência*, Acórdãos, 29 maio 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28423560%2ENU%2E%2E+OU+423560%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hbo8fck>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

BRASÍLIA, Distrito Federal. Governo. *Decreto n.º 36.520, de 28 de maio de 2015*. Estabelece diretrizes e normas gerais de licitação, contratos e outros ajustes para a Administração Direta e Indireta do Distrito Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/6cbf7f5e3ec2424e84f605ce0d1d967e/Decreto_36520_28_05_2015.html>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BREIER, Ricardo. *Implementação de programas de compliance no setor público é um desafio*. 20 ago. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/ricardo-breier-compliance-setor-publico-desafio-pais>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

BRUMADINHO, Minas Gerais. Lei Orgânica (2008). Lei Orgânica do Município de Brumadinho. Disponível em: <http://www.brumadinho.mg.gov.br/arquivos/lei_organica_atualizada_2008.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

CASTRO, Aldo Aranha; SIMONE, Genovez. *Aplicabilidade dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência com vistas ao desenvolvimento econômico*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=48af87b587036693>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CATANDUVA, São Paulo. Câmara Municipal. *Lei n.º 4.511, de 11 de fevereiro de 2008*. Dispõe sobre a veiculação e/ou divulgação da imprensa oficial dos editais denominados “carta convite”. Disponível em: <http://leis.catanduva.sp.gov.br:8080/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/10943_texto_integral>. Acesso em: 04 mai. 2017.

CONSTANTINO, Giuseppe Luigi Pantoja. *Constituição e Neoliberalismo: o hibridismo constitucional-econômico brasileiro e o delineamento de uma nova concepção de Estado*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,constituicao-e-neoliberalismo-o-hibridismo-constitucional-economico-brasileiro-e-o-delineamento-de-uma-nova-co,49393.html>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

CURITIBA, Paraná. Câmara Municipal. *Lei n.º 15.608, de 16 de agosto de 2007*. Estabelece normas sobre licitações, contratos administrativos e convênios no âmbito dos poderes do Estado do Paraná. Disponível em: <<http://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-15608-2007-parana-estabelece-normas-sobre-licitacoes-contratos-administrativos-e-convenios-no-ambito-dos-poderes-do-estado-do-parana>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DEVIDES, José Eduardo Costa; ROCHA, Guilherme Aparecido da. *Manual prático de transparência para câmaras municipais: Do dever de transparência ao direito de informação*. Jaú: Guilherme Aparecido da Rocha Editor, 2016.

DIAS, Eduardo Rocha. *Proposta de menor preço e tutela da livre concorrência nas licitações*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46991/46160>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

FERRARO, Suzani Andrade; PEIXINHO, Manoel Messias. *Direito ao desenvolvimento como direito fundamental*. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI, 2012, Niterói, p. 13-33.

Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uff.php>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

FERRER, Walkiria Martinez Heirich; ROSSIGNOLI, Marisa. *Estado Liberal ou intervencionista? Uma análise econômica do atual modelo do Estado Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e9352a4485132942>>. Acesso em: 31 out. 2016.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

FILGUEIRAS, Fernando. *Além da transparência: accountability e política da publicidade*. *Lua Nova* [online]. 2011, n. 84, PP. 65-94. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n84/a04n84.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

FLORIANÓPOLIS. Santa Catarina. Prefeitura Municipal. *Decreto n.º 13.727, de 24 de novembro de 2014*. Proíbe a contratação na modalidade carta convite no município de Florianópolis. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a1/sc/f/florianopolis/decreto/2014/1373/13727/decreto-n-13727-2014-proibe-a-contratacao-na-modalidade-carta-convite-no-municipio-de-florianopolis?q=13.727>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

GABRIEL, Yasser Reis. *O regime diferenciado de contratações: um caso de institutional bypass?* Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3ce4204132dd23eb>>. Acesso em: 13 abr. 2017).

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

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Trad.: Maria Luiza X. de A. Borges. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *Licitação e contrato administrativo (estudos sobre a interpretação da lei)*. São Paulo: Malheiros, 1995.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HUNT, E. K. *História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

INTERNATIONAL, Transparency. *Corruption perceptions index 2016*. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016>. Acesso em: 16 mai. 2017.

ITÁLIA. *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*. *Gazzetta Ufficiale*, 13 nov. 2012. Disponível em <<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2012/11/13/012G0213/sg>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. *Direito administrativo – legislação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Thex, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____, Marçal. *Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARIANI, Édio João. *A trajetória de implantação do Neoliberalismo*. Revista Urutágua. Ago/Nov. 2007. Disponível em: <<http://www.urutagua.uem.br/013/13mariani.htm>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.

MARTUSCELLI, Danilo Enrico. O PT e o impeachment de Collor. *Opin. Publica* [online], vol.16, n.2, pp.542-568, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762010000200010>. Acesso em: 16 abr. 2017.

MASSO, Fabiano Del. *Direito econômico esquematizado*. 4 ed. São Paulo: Método, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Capítulo IX: Da Transparência, Controle e Fiscalização. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Orgs.). *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO, Estado de São Paulo. *MP-SP realiza levantamento pioneiro sobre transparência em Câmaras Municipais*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=14304980&id_grupo=118>. Acesso em: 18 mai. 2017.

NOGUEIRA, Vanessa Fabiula Pancioni. *A influência do neoliberalismo na Constituição Federal de 1988, com enfoque nas emendas ao capítulo da “ordem econômica”*. 2010. 150 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, Programa de Mestrado em Direito Público e Econômico, São Paulo.

REGO, Sílvio Roberto Seixas. *Processo licitatório: contraditório e ampla defesa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: EDIPRO, 2003.

RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro. Prefeitura Municipal. *Decreto n.º 13.335, de 26 de outubro de 1994*. Dispõe sobre a publicidade da licitação na modalidade de convite. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a1/rj/r/rio-de-janeiro/decreto/1994/1334/13335/decreto-n-13335-1994-dispoe-sobre-a-publicidade-da-licitacao-na-modalidade-de-convite?q=13.335>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Rolando Roque da Silva. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2244>. Acesso em: 17 mar. 2017.

SALVADOR, Bahia. Câmara Municipal. *Lei n.º 4.484, de 08 de janeiro de 1992*. Dispõe sobre licitações e contratos da administração municipal e dá outras providências. Disponível em: <<https://cm-salvador.jusbrasil.com.br/legislacao/828496/lei-4484-92>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

SALVADOR, Bahia. Prefeitura Municipal. *Decreto n.º 10.267, de 10 de agosto de 1993*. Dispõe sobre a aplicação da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, no âmbito da administração pública municipal. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a1/ba/s/salvador/decreto/1993/1027/10267/decreto-n-10267-1993-dispoe-sobre-a-aplicacao-da-lei-n-8666-de-21-de-junho-de-1993-no-ambito-da-administracao-publica-municipal?q=10267>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

SALLUM JUNIOR, Brasílio. O Brasil sob Cardoso: neoliberalismo e desenvolvimentismo. *Tempo soc.* [online], vol.11, n.2, pp.23-47, 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v11n2/v11n2a03.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

SANTOS, Andrea dos. *Desenvolvimento como liberdade em Amartya Sen*. 2013. 79 f. Monografia – Universidade Federal de Santa Catarina, Graduação em Economia e Relações Internacionais, Santa Catarina.

SÃO PAULO. Constituição (1989). Constituição do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/leis/legislacao-do-estado/>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

SÃO PAULO, São Paulo. Câmara Municipal. *Lei 13.278, de 07 de janeiro de 2002*. Dispõe sobre normas específicas em matéria de licitação e contratos administrativos no âmbito do Município de São Paulo. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/comp/?pId=3870>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade 0077349-02.2011.8.26.0000. Relator: Des. Caetano Lagrasta. *Pesquisa de jurisprudência*, Acórdãos, 14 dezembro 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5629696&cdForo=0>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade 161.127-0/5-00. Relator: Des. Henrique Nelson Calandra. *Pesquisa de jurisprudência*, Acórdãos, 29 outubro

2008. Disponível em:
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3366416&cdForo=0>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1004909-77.2014.8.26.0099. Relator: Des. Renato Delbianco. *Pesquisa de jurisprudência*, Acórdãos, 01 novembro 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8775634&cdForo=0&v1Captcha=MVFTt>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.167.

TAVARES. André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

TELLO, Diana Carolina Valencia. *Críticas ao regime diferenciado de contratações públicas*. Revista Prolegómenos - *Derechos y Valores*. vol. 19. n. 38, pp. 61-75, 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v19n38/v19n38a05.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Licitações e contratos*. Orientações e Jurisprudência do TCU. 4. ed. Revista, atualizada e ampliada. Brasília, 2010, p. 43. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

VITÓRIA, Espírito Santo. Câmara Municipal. *Lei n.º 3.901, de 08 de dezembro de 1992*. Disponível em: <<http://sistemas.vitoria.es.gov.br/webleis/Arquivos/1992/L3901.PDF>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. *A função social da empresa como forma de valorização da dignidade da pessoa humana*. 2006. 241 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Marília, Programa de Mestrado em Direito, Marília.