

Vol 7 Issue 2 Nov 2017

ISSN No : 2249-894X

*Monthly Multidisciplinary
Research Journal*

*Review Of
Research Journal*

Chief Editors

Ashok Yakkaldevi
A R Burla College, India

Ecaterina Patrascu
Spiru Haret University, Bucharest

Kamani Perera
Regional Centre For Strategic Studies,
Sri Lanka

Review Of Research Journal is a multidisciplinary research journal, published monthly in English, Hindi & Marathi Language. All research papers submitted to the journal will be double - blind peer reviewed referred by members of the editorial Board readers will include investigator in universities, research institutes government and industry with research interest in the general subjects.

Regional Editor

Dr. T. Manichander

Sanjeev Kumar Mishra

Advisory Board

Kamani Perera Regional Centre For Strategic Studies, Sri Lanka	Delia Serbescu Spiru Haret University, Bucharest, Romania	Mabel Miao Center for China and Globalization, China
Ecaterina Patrascu Spiru Haret University, Bucharest	Xiaohua Yang University of San Francisco, San Francisco	Ruth Wolf University Walla, Israel
Fabricio Moraes de Almeida Federal University of Rondonia, Brazil	Karina Xavier Massachusetts Institute of Technology (MIT), USA	Jie Hao University of Sydney, Australia
Anna Maria Constantinovici AL. I. Cuza University, Romania	May Hongmei Gao Kennesaw State University, USA	Pei-Shan Kao Andrea University of Essex, United Kingdom
Romona Mihaila Spiru Haret University, Romania	Marc Fetscherin Rollins College, USA	Loredana Bosca Spiru Haret University, Romania
	Liu Chen Beijing Foreign Studies University, China	Ilie Pinteau Spiru Haret University, Romania
Mahdi Moharrampour Islamic Azad University buinzahra Branch, Qazvin, Iran	Nimita Khanna Director, Isara Institute of Management, New Delhi	Govind P. Shinde Bharati Vidyapeeth School of Distance Education Center, Navi Mumbai
Titus Pop PhD, Partium Christian University, Oradea, Romania	Salve R. N. Department of Sociology, Shivaji University, Kolhapur	Sonal Singh Vikram University, Ujjain
J. K. VIJAYAKUMAR King Abdullah University of Science & Technology, Saudi Arabia.	P. Malyadri Government Degree College, Tandur, A.P.	Jayashree Patil-Dake MBA Department of Badruka College Commerce and Arts Post Graduate Centre (BCCAPGC), Kachiguda, Hyderabad
George - Calin SERITAN Postdoctoral Researcher Faculty of Philosophy and Socio-Political Sciences Al. I. Cuza University, Iasi	S. D. Sindkhedkar PSGVP Mandal's Arts, Science and Commerce College, Shahada [M.S.]	Maj. Dr. S. Bakhtiar Choudhary Director, Hyderabad AP India.
REZA KAFIPOUR Shiraz University of Medical Sciences Shiraz, Iran	Anurag Misra DBS College, Kanpur	AR. SARAVANAKUMARALAGAPPA UNIVERSITY, KARAIKUDI, TN
Rajendra Shendge Director, B.C.U.D. Solapur University, Solapur	C. D. Balaji Panimalar Engineering College, Chennai	V.MAHALAKSHMI Dean, Panimalar Engineering College
Awadhesh Kumar Shirotriya	Bhavana vivek patole PhD, Elphinstone college mumbai-32	S.KANNAN Ph.D , Annamalai University
	Awadhesh Kumar Shirotriya Secretary, Play India Play (Trust), Meerut (U.P.)	Kanwar Dinesh Singh Dept.English, Government Postgraduate College , solan

More.....



POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÕES EM CONDIÇÕES DIVERSAS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO (Possibility of contracts under miscellaneous conditions of the call for instruments)



Victor de Almeida Conselvan¹ and
Artenia Francisca Costa Martins²

¹Professor de Direito Público da Fundação de Universidade Federal de Rondônia – UNIR – Campus de Cacoal-RO. Membro do Conselho de Departamento – CONDEP. Membro do Núcleo Docente Estruturante – NDE. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Maringá e Instituto Paranaense de Ensino – IPE. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM.

²Bacharela em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR. Pós-graduanda em Direito Constitucional Aplicado pela instituição Damásio Educacional. Técnica-administrativa na Fundação Universidade Federal de Rondônia - Campus de Cacoal. Advogada.

ABSTRACT

This paper discusses an administrative law subject, specifically on public procurement, listing the administrative general principles and specific in bids, giving focus to the link to the bid announcement. Wanted demonstrate whether there are situations where the application of that principle can be relativized, being formalized contract with different provisions of the ones in the notice, invitation letter or other document that takes the place of the bid announcement. Grounded in courts of auditors decisions and legal and doctrinal positions, there was analysis of cases of public contracts authorized by Law 8.666/93, in a study of the instrument that called the particular to each of their event and how is their relation to the procedure and to the contract to see if there may be hiring in different conditions of that instrument. For this, we used the dialectical method, the dogmatic as legal interpretation and indirect documentation technique, consisting of documentary and bibliographic research.

KEYWORDS: Bidding. Administrative contract. Linking to the bidding instrument.

INTRODUÇÃO

Instituído pela Constituição Federal de 1988, art. 37, XXI, como princípio a ser seguido pelo Poder Público, a licitação é o procedimento pelo qual a Administração seleciona a proposta mais vantajosa de particular ou pessoa jurídica de Direito Público, objetivando a execução de obra, compra de produto, prestação de serviço e alienação pública.

Referido procedimento, via de regra, é iniciado externamente com a publicação de um instrumento convocatório, podendo-se exteriorizar pelo edital, carta convite, ou outro documento que lhe faça as vezes, os quais disciplinarão como se dará cada ato, fixando prazos e detalhando o objeto a ser

realizado pelo futuro contratado.

Ainda, deve o procedimento obedecer a critérios objetivos e a outros princípios constantes da Lei Maior e da legislação infraconstitucional, tais como: impessoalidade, isonomia, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo das propostas, moralidade, entre outros. O respeito a estes visa garantir a lisura do resultado do certame licitatório.

O ajuste das condições em que se dará a execução do objeto, celebrado entre o licitante selecionado, ou aquele resultante da seleção direta (em que não houve o procedimento licitatório) e o Poder Público, denomina-se contrato administrativo. Este tem como característica a formalidade, pessoalidade e a presença de cláusulas que o diferenciam dos pactos firmados apenas entre particulares, as denominadas cláusulas exorbitantes, entre elas a que permite alteração unilateral do contrato por parte da Administração.

A existência do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, bem como a possibilidade de alteração contratual, ensejou o presente estudo, pelo qual se verifica se o contrato administrativo pode conter disposições diversas do instrumento que o antecedeu.

Para tanto, o trabalho dedica-se à exposição dos princípios gerais do Direito Administrativo e dos princípios da licitação; à explicação de como se dá o procedimento licitatório, sua forma de composição e características do contrato administrativo; e à realização de análises doutrinárias e de decisões dos Tribunais de Contas que versam sobre a modificação contratual, em relação ao edital, à carta-convite ou outro instrumento convocatório.

1 PRINCÍPIOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Entende-se por Administração Pública tanto o conjunto de pessoas e órgãos governamentais, como a própria atividade estatal, objetivando o melhor para a sociedade. “Administração pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum” (MEIRELLES, 2005, p. 84).

Destarte, compete ao Estado promover medidas para proporcionar aos indivíduos da sociedade condições para o atendimento de suas necessidades básicas, tais como educação, saúde, lazer, entre outras³. Para tanto, a fim de cumprir a sua função com respeito a todos os cidadãos, devem ser observados alguns princípios.

A respeito da previsão de princípios na lei, denomina-se doutrinariamente como norma principiológica (GASPARINI, 2004). Desta forma sendo os princípios

[...] mandamentos nucleares de um sistema, seu verdadeiro alicerce, dispendo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão. [...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 2007, p. 284)

Depreende-se, portanto, a importância dos princípios, sobretudo por não necessitarem ser inseridos na lei para ser requerida a sua observância, uma vez que são vetores hermenêuticos que orientam a interpretação da norma. No entanto, o fato de estarem previstos na Constituição Federal ou em norma infralegal, fortalece a exigência do seu cumprimento.

1.1 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Princípio remete à ideia de base. Pode-se dizer que é a estrutura sobre a qual algo se assenta e que também lhe determina a orientação a seguir no decorrer do seu desenvolvimento.

Conforme ensina Marinela (2014, p. 26):

Princípios são proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas e institutos subsequentes de uma disciplina. São os alicerces, os fundamentos da ciência e surgem como parâmetros para a interpretação das demais normas jurídicas.

Assim, os princípios são o conjunto de direcionamentos que alicerçam a norma jurídica, dando validade

a esta (GASPARINI, 2004), sobretudo quando se trata do Direito Público, mais especificamente do Direito Administrativo.

De acordo com a doutrina pátria e a legislação vigente e, principalmente, em conformidade com a Constituição Federal, os princípios elencados como sendo de Direito Administrativo são: legalidade, impessoalidade, finalidade, motivação, razoabilidade e proporcionalidade, publicidade, eficiência, interesse público, supremacia do interesse público, indisponibilidade do interesse público e moralidade.

Restritamente entendido como a reta obediência aos preceitos legais, “O princípio da legalidade explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público” (MELLO, 2007, p. 72). Portanto, gerir a coisa pública não comporta mero ato de liberalidade do administrador. Este tem o dever de observar o que dispõem as normas jurídicas para saber o que pode fazer e como o deve.

Todavia, faz-se necessário um alerta quanto à devida compreensão do princípio em tela, pois, em seu sentido amplo, o princípio da legalidade, segundo Marinela (2014, p. 31):

[...] não exclui o exercício de atuação discricionária do administrador, levando-se em consideração a conveniência e a oportunidade do interesse público, o juízo de valor da autoridade e a sua liberdade. Por ser materialmente impossível a previsão de todos os casos, além do caráter de generalidade e de abstração próprios da lei, subsistirão inúmeras situações em que a Administração terá de se valer da discricionariedade para efetivamente atender à finalidade legal e, como consequência, cumprir o princípio da legalidade.

Ressalta-se a importância de coexistirem o referido princípio e a discricionariedade do gestor público, vez que, dependendo da situação fática, o que está previsto na legislação pode não ser o melhor a ser aplicado, ou não há previsão legal para determinado fato. Desta forma, a autoridade competente, para atuar no caso, terá que analisar todas as possibilidades de resolução e aplicar a menos onerosa e mais eficaz.

Concernente ao princípio da impessoalidade, cabe dizer que este consiste em não promover a vontade individual da pessoa que representa a Administração Pública, ou de terceiros, para benefícios próprios.

Desta feita, afirma-se ser o princípio em questão sinônimo da isonomia e se relaciona diretamente à finalidade pública, tendo em vista que a atuação estatal deve sempre se nortear por aquela, não podendo atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas (DI PIETRO, 2007).

Há entendimentos doutrinários de que se funde com o princípio da impessoalidade o da finalidade, por não poder ser outro o objetivo da atividade pública. Neste sentido, para Meirelles (2005, p. 92):

Desde que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode, entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo.

Caracterizado como o dever de fundamentar os atos realizados pela Administração Pública, o princípio da motivação confere aos indivíduos a garantia de saber por que aquela age de determinada maneira. Pois tais atos são passíveis de controle e para que isso se concretize é preciso oferecer os devidos modos. Portanto, a ausência de dizer a razão pela qual uma medida foi tomada é capaz de tornar o ato inválido, principalmente quando a lei determina a exposição dos motivos (MELLO, 2007).

Decisões judiciais corroboram para o entendimento de que a fundamentação deve estar presente em todos os atos da Administração Pública, conforme decidiu a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no acórdão in verbis:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR - SERVIDOR PÚBLICO - REMOÇÃO - ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO - ILEGALIDADE DO ATO - DECISÃO MANTIDA. 1. Deve ser confirmada a decisão que defere o pedido liminar, a fim de suspender o ato de remoção de servidor público, em virtude da ausência de fundamentação. 2. Embora o servidor público não detenha direito à inamovibilidade funcional, porque está atrelado ao Poder Discricionário do administrador, de acordo com as necessidades do serviço público, o ato de remoção ou de transferência não prescinde da devida fundamentação ou motivação, sob pena de incorrer na pecha da ilegalidade. 3. Recurso não provido. (MINAS

GERAIS, 2013, on-line)

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, denominados, também, de princípio da proibição de excesso e da aplicação da melhor alternativa aos fatos da coletividade, referem-se à equivalência entre os meios e os fins, com o intuito de evitar restrições abusivas ou desnecessárias por parte da Administração Pública, lesando direitos fundamentais (MEIRELLES, 2005).

São princípios destinados a nortear os atos administrativos discricionários. Assim, há um sopesamento entre a ação e o que se objetiva alcançar, a fim de justificar um possível sacrifício pelo interesse público.

Acerca do princípio da razoabilidade ensina Barroso (2003, p. 224) ser ele:

[...] um parâmetro de valor direcionado aos atos do Poder Público para aferir se eles estão adequados ao valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça [...], mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável que o seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. [grifo do autor]

Concernente à proporcionalidade, enuncia-se a ideia “de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas” (MELLO, 2007, p. 76).

Acerca da sua destinação, o princípio da proporcionalidade não se restringe à proibição de excesso pelo poder público. Ganha cada vez mais espaço a utilização do princípio como instrumento contra a insuficiência e a omissão dos poderes estatais (SILVA, 2002).

Em estudo aprofundado sobre estes princípios, Silva (2002, p. 31) afirmou que:

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes - a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade. [grifo do autor]

Para o autor, a razoabilidade consiste no primeiro subelemento, qual seja, a adequação, caracterizada por conferir à medida aplicada a capacidade de se chegar ao resultado almejado. Desta forma, fundamenta que ambos os princípios não se fundem, pois a proporcionalidade é mais ampla (SILVA, 2002).

O Estado deve tornar transparente todos os seus atos, conforme reza o princípio da publicidade. A divulgação de todos os atos é obrigatória, para início de seus efeitos, controle e conhecimento (GASPARINI, 2004).

Nesta esteira, expôs Monteiro (2011, on-line):

[...] não adianta o poder público ser emanado do povo se este não puder se manifestar quanto aos atos da Administração. Desta forma, não basta exigir uma Administração proba e célere, mas deve-se agir para tanto. E se o princípio da publicidade não for respeitado, o administrado desconhecerá dos atos que ofenderam os seus direitos e não poderá manifestar-se. Nesse viés, é dever da Administração tornar públicos os seus atos, divulgando por meio de órgãos oficiais.

Inserese no campo da economicidade, agilidade e bom resultado o princípio da eficiência, ao passo que ao Estado cabe prezar por serviços prestados com qualidade aos cidadãos. Entretanto, para atingir bons resultados, sendo eficaz, é necessário o atendimento da eficiência, haja vista que uma atividade tardia pode não resolver o que era necessário em momento anterior, atingindo consequências desagradáveis.

Outrossim, na acepção de Gasparini (2004, p. 21):

As atribuições devem ser executadas com perfeição, valendo-se das técnicas e conhecimentos necessários a tornar a execução a melhor possível, evitando sua repetição e reclamos por parte dos administradores. Ademais, a realização cuidadosa das atribuições evita desperdício de tempo e de dinheiro públicos, tão necessários na época atual. Por fim, tais competências devem ser praticadas com rendimento, isto

é, com resultados positivos para o interesse público e satisfatórios para o interesse da coletividade. [grifo do autor]

A respeito do princípio da supremacia do interesse público, cabe dizer que é este, também, um dos pilares da gestão pública. A palavra supremacia remete ao entendimento de que algo está no topo e é reverenciado, sendo, portanto o interesse público, que, por vezes, pode estar em conflito com o interesse particular. Por isso, em havendo este tipo de conflito, em regra, deve prevalecer a observância ao referido princípio.

No entanto, é necessário ter cuidado na aplicação da supremacia do interesse público, pois, como bem assevera Viegas (2011, on-line):

É certo que, quando houver conflito entre o interesse coletivo e o interesse individual, o administrador deve buscar atender aos anseios da coletividade, caso contrário, haveria um desvio de finalidade, tornando, desse modo, o ato nulo. Contudo, fazer com que o interesse público prevaleça em todas as situações significa colocar em risco os direitos fundamentais do homem. Dessa forma, a Administração deve ter muita cautela porque, ao mesmo tempo, que a Constituição da República lhe outorgou prerrogativas a fim de atingir o interesse público, a nossa Carta Magna também garantiu aos cidadãos a garantia de observância de seus direitos fundamentais contra o abuso de poder.

Parte da doutrina nacional defende a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público, ou até mesmo, a sua reconstrução, termo preferido por estudiosos que buscam conciliar as posições doutrinárias clássica e moderna, quando colocado à frente de direitos fundamentais, assim reconhecidos constitucionalmente.

Na visão de Borges (2007, on-line):

Não se trata de desconstruir a supremacia do interesse público. Bem ao contrário, na atual conjuntura nacional, o que é preciso, mais do que nunca, é fazer respeitá-la, é integrá-la na defesa dos luminosos objetivos fundamentais de nossa Constituição [...]. É preciso não confundir a supremacia do interesse público, - alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo, - com as suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O problema, pois, não é do princípio: é, antes de sua aplicação prática.

Complementando o princípio exposto alhures, diga-se que a Administração Pública reverbera interesses como sendo públicos e compete àquela primar pela realização destes, ainda que em detrimento de outros (NETO, 2014). A partir do momento que algum interesse é tido como público, este é considerado, também, como indisponível. Apresenta-se, pois, nestas considerações, o princípio da indisponibilidade do interesse público. Referido princípio guarda em seu bojo que à Administração Pública compete curar os bens, direitos, interesses e serviços públicos, “cabendo-lhes por isso tão-só o dever de guardá-los e aprimorá-los para a finalidade a que estão vinculados” (GASPARINI, 2004, p. 17).

Outro princípio é o da moralidade e/ou probidade administrativa. O conceito jurídico da moralidade é indeterminado, mas este princípio foi inserido no ordenamento jurídico com o fito de impedir o desvio de poder, objetivando que o administrador público não utilizasse meios lícitos para alcançar fins moralmente ilícitos.

Segundo Di Pietro (2007, p. 68): “Licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo a qual non omne quod licer honestum est (nem tudo o que é legal é honesto)”. [grifo do autor]

A esse respeito, o Decreto 1.171/1994, o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, dispõe que: “O servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, caput, e § 4º, da Constituição Federal” (BRASIL, 1994, on-line).

1.2 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES

A Lei Geral de Licitações e Contratos, Lei nº 8.666/93, em seu art. 3º dispõe que a realização de licitação visa garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a promoção do desenvolvimento nacional

sustentável e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (BRASIL, 1993, on-line).

Para tanto, o mesmo dispositivo legal elenca princípios a serem observados no processamento do procedimento licitatório, quais sejam, “os princípios básicos 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” (BRASIL, 1993, on-line).

Observa-se que, princípios considerados como gerais do Direito Administrativo, também são denominados específicos das licitações públicas porque intrínsecos a tal atividade. Mesmo que a Lei nº 8.666/93 não explicita todos os princípios já comentados, faz-se mister o seguimento de todos nos procedimentos licitatórios.

O princípio da igualdade entre os licitantes é oriundo do princípio da impessoalidade, do qual se extrai a premissa de tratamento igual destinado a todos, visando lhes dar as mesmas oportunidades.

Segundo Di Pietro (2007, p. 330), o princípio da igualdade “veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais.”

Outro ponto de vista deste princípio é o de que se deve aplicar tratamento igual aos iguais e desiguais aos desiguais, como bem explica Niebhuh (2000, p. 141):

O princípio da isonomia manifesta-se como termo referencial, orientando o agir que conduza à igualdade; e como norma, autoriza o Estado a determinadas condutas e confere poder aos particulares para exigí-las. A priori, prestigiando o aspecto negativo, todos que estiverem em condições de igualdade têm o direito de, com decalque no aspecto positivo, deve-se tratar desigualmente os desiguais. Isto quer permitir ao poder público estabelecer desigualdade jurídica, objetivando a igualdade de fato. Noutra ponta, o direito subjetivo a um tratamento desigual sofre acentuada ponderação, uma vez que igualdade não se decreta, pois nela influem uma série de condições que fogem da esfera judiciária, tais como a oportunidade, dinheiro, talento e urgência. Assim, o particular só pode exigir (judicialmente) o tratamento diferenciado em situação extrema, quando, (...) aquilo que falta compromete a dignidade do homem, aproximando-se aos Direitos Humanos e Fundamentais.

A Lei de Licitações e Contratos estabelece que no procedimento licitatório não podem haver atos que diminuam ou frustrem a competitividade⁴. Todavia, a mesma lei seleciona critérios de desempate, o qual cria exceção ao princípio da igualdade. Assim, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: II - produzidos no País; III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras. IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País (BRASIL, 1993, on-line).

Observa-se, portanto, que o princípio da igualdade visa garantir as mesmas condições a todos que participem do procedimento licitatório, mas a própria lei comporta exceção quando se refere aos critérios de desempate.

O instrumento convocatório, o qual pode ser o edital ou carta convite, a depender da modalidade de licitação, ou documento de dispensa e inexigibilidade, é considerado a lei do certame, vez que, a fim de assegurar todos os outros princípios, o mencionado instrumento precisa estabelecer as regras, tais como prazos, documentos exigidos, parâmetros para as propostas, entre outros.

Dispõe o art. 41 da Lei nº 8.666/93 o seguinte: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Assim, “O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame [...]” (MELLO, 2007, p. 516). [grifo do autor]

No mesmo sentido, segundo Di Pietro (2007, p. 335):

[...] se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

Entretanto, ressalte-se que há entendimentos doutrinários e decisões de tribunais que relativizam o atrelamento do contrato ao instrumento convocatório. Tais posicionamentos não contrariam o princípio da vinculação, apenas o relativizam, em razão da situação fática e em atendimento a outros princípios.

Trata a Lei Geral de Licitações acerca do princípio do julgamento objetivo, enfatizado no art. 45,

determinando que a avaliação das propostas apresentadas pelos concorrentes do certame seja realizada de acordo com o que estabelece o ato convocatório (edital ou convite), ou seja, seguindo critérios prefixados e previamente conhecidos por todos os licitantes.

De acordo com a revista de licitações e contratos do Tribunal de Contas da União, “Esse princípio significa que o administrador deve observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para o julgamento das propostas. Afasta a possibilidade de o julgador utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no ato convocatório, mesmo que em benefício da própria Administração” (BRASIL, s.d., on-line).

No entanto, ressalva Mello (2007, p. 516-517):

Cumprir reconhecer, entretanto, que objetividade absoluta só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento – muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas –, nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois, quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões pessoais.

Diante do exposto, depreende-se que o escopo do princípio em análise é o de evitar o favorecimento pessoal e escolher a melhor proposta para a Administração Pública.

2 ESCORÇO PROCEDIMENTAL DA LICITAÇÃO

Cabe ao Poder Público, representado pela Administração Pública, proporcionar aos indivíduos da sociedade condições para o atendimento de suas necessidades básicas, tais como educação, saúde, lazer, entre outras. Mas, o Estado não executa de forma direta todas elas.

Para o desenvolvimento de algumas atividades tipicamente públicas, há previsão constitucional para o estabelecimento de contratos administrativos, no art. 37, XXI.

Depreende-se do texto supralegal que a realização de procedimento licitatório é a regra para selecionar o futuro contratado. Excepcionalmente, havendo lei disposta desta forma, pode haver contratação sem prévia licitação.

A Lei geral sobre licitações e contratos é a de nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Os procedimentos a serem seguidos em ambos constam desta legislação, dita geral por ter aplicabilidade em âmbito nacional.

2.1 NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO

Antes de adentrar às normas gerais de licitação, faz-se mister o estudo do conceito deste procedimento administrativo, o qual se relaciona diretamente ao seu objetivo.

Segundo Mello (2007, p. 507):

[...] é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Corroborando com tal conceito, acrescenta-se que a licitação é uma sucessão de atos, por meio dos quais a Administração Pública visa “selecionar proponentes com habilitação mínima para serem contratados, e dentre as propostas apresentadas por estes, seleciona a mais vantajosa” (BLANCHET, 1998, p. 129).

A necessidade de realização de licitação decorre dos princípios do Direito Administrativo, sobretudo do da indisponibilidade do interesse público, vez que o procedimento oportuniza que a gestão pública encontre a proposta mais interessante a toda a coletividade, e o da igualdade, o qual confere aos licitantes as mesmas chances, para que haja justiça na escolha do vencedor.

Destarte, nos termos de Mukai (2000, p. 4):

[...] esses dois princípios explicam, em primeiro lugar, o porquê do dever de licitar que, em princípio, pesa sobre a Administração Pública; em segundo lugar, cada um deles responde pelas duas finalidades únicas e fundamentais da licitação: a busca da contratação mais vantajosa para o Poder Público e o oferecimento de iguais oportunidades aos administrados, de virem a ser contratados por ele. Eis aí dois elementos fundamentais

para a construção do conceito de licitação.

Destaque-se que existem várias modalidades de licitação, e cada qual comporta uma sequência determinada de atos e exigências. A escolha daquela deve ser definida de acordo com a complexidade do objeto licitado. Assim, quanto mais detalhes e seriedade exigir o que deva prestar o vencedor do certame, mais rígida deve ser a modalidade utilizada. Nas palavras de Justen Filho (1999, p. 187), “A variedade decorre das exigências a serem atendidas para obtenção do melhor e mais eficiente resultado”.

2.1.1 Da etapa interna

A licitação é composta pelas etapas interna e externa. Consiste a primeira em delimitar as condições do instrumento que irá convocar os participantes, antes de o levar a público. Já a etapa externa, configura-se a partir da publicação do edital, convite ou outro documento convocatório, até a adjudicação do objeto (CAMARÃO; DANIEL, 2015).

Comporta a etapa interna a elaboração pelo órgão interessado do instrumento que convocará participantes a apresentar suas propostas à Administração Pública. Referido instrumento, em regra, denomina-se edital. Portanto, a autoridade competente autoriza ou determina a instauração do processo licitatório, descreve minuciosamente o seu objeto e indica os recursos hábeis para a despesa (MEIRELLES, 1999).

Desta forma, antes da elaboração do edital, a repartição interessada no objeto a ser licitado deve providenciar o projeto básico ou termo de referência. A utilização de um ou outro depende da modalidade licitatória e há entre eles algumas diferenças técnicas. Todavia, possuem, praticamente, as mesmas características.

O Decreto 5.450, de 31/05/2005, que regulamenta a modalidade de licitação na forma de pregão eletrônico conceitua termo de referência da seguinte maneira:

Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

I - elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização;

[...]

§ 2º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva (BRASIL, 2005, on-line).

Encontra-se também na legislação a definição de projeto básico, estando prevista no art. 6º, IX da Lei nº 8.666/93, nos seguintes termos:

[...] conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução [...]. (BRASIL, 1993, on-line)

Denota-se que, tanto o projeto básico quanto o termo de referência antecedem o edital, visando dar subsídio à elaboração deste, e constam dele como anexo quando da sua publicação. Afirma-se que os dois instrumentos aqui tratados dão início à constituição do instrumento que convidará os licitantes a participar do certame.

Desta feita, caso o edital contenha alguma terminação que culminará em resultado desfavorável ou não tão favorável ao interesse público, as autoridades competentes que realizam o procedimento, em regra, não podem se desviar daquele e agir de maneira a conseguir um melhor resultado, mesmo que o interesse público seja supremo, pois a Administração tem todas as oportunidades de elaborar um instrumento convocatório com

qualidade.

No tocante a esse assunto, apontam Camarão e Daniel (2015, p. 54):

É na fase interna, no momento da definição do objeto que subsidiará o Edital de Licitação, que se cometem equívocos insanáveis que acabam por macular todo o procedimento. É frequente ouvirmos, no senso comum ou até mesmo entre juristas e administradores públicos, leigos em matéria de licitações, que por meio dela não é possível adquirir produtos de qualidade. Tal constatação advém exatamente da pouca ou nenhuma atenção que muitos órgãos públicos dedicam à fase interna da licitação, o momento da especificação do objeto.

Outrossim, antes de elaborar o Edital, a Administração Pública precisa se valer de técnicos suficientemente capacitados para especificar o objeto que se almeja contratar.

Visualiza-se a importância da fase interna para a licitação, uma vez que determinará todo o seu andamento, vinculando a ela todos os atos praticados na etapa externa, a fim de atingir um resultado satisfatório.

2.1.2 Da etapa externa

Em seguida, realiza-se a fase externa do procedimento, cuja sequência se desenvolve da seguinte forma: “a) audiência pública; b) edital ou convite de convocação dos interessados; c) recebimento da documentação e propostas; d) habilitação dos licitantes; e) julgamento das propostas; f) adjudicação e homologação” (MEIRELLES, 1999, p. 111).

Entende-se por audiência pública como sendo:

[...] um instrumento que leva a uma decisão política ou legal com legitimidade e transparência. Cuida-se de uma instância no processo de tomada da decisão administrativa ou legislativa, através da qual a autoridade competente abre espaço para que todas as pessoas que possam sofrer os reflexos dessa decisão tenham oportunidade de se manifestar antes do desfecho do processo. É através dela que o responsável pela decisão tem acesso, simultaneamente e em condições de igualdade, às mais variadas opiniões sobre a matéria debatida, em contato direto com os interessados. Tais opiniões não vinculam a decisão, visto que têm caráter consultivo, e a autoridade, embora não esteja obrigada a segui-las, deve analisá-las segundo seus critérios, acolhendo-as ou rejeitando-as. (SOARES, 2002, on-line)

O procedimento licitatório terá início com a audiência pública, segundo reza o art. 39 da Lei de Licitações, quando o valor estimado para a licitação ultrapassar 100 (cem) vezes o valor que determina a utilização da modalidade da concorrência pública, sendo este o montante de 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). Portanto, somente nas licitações em que o recurso previsto para ser gasto seja a partir de 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), é que se realizará a audiência pública (BRASIL, 1993, on-line).

Acerca da audiência pública, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região suspendeu uma licitação, em razão do não atendimento ao art. 39 da Lei nº 8.666/93, conforme segue:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL DE CONCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA PÚBLICA. SUSPENSÃO DO CERTAME. 1. O art. 39, da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993) deve ser interpretado com vistas a assegurar a vontade do constituinte de fortalecer a participação da sociedade civil nos atos praticados pela Administração Pública. 2. As audiências públicas conferem oportunidade aos consumidores de serem informados, com especificidade, sobre todas as questões de seu interesse, inclusive sobre o custo do serviço prestado, além de possibilitar requerimentos e apresentação de propostas, concretizando a real noção de participação, idéia que norteia o novo modelo de Administração Pública. 3. O interesse que se quer proteger não é apenas a preservação do erário mas a transparência da gestão pública e dos motivos que embasam suas opções[...]. (BRASIL, 2010, on-line)

Na sequência, há a publicação do edital ou carta convite, convocando os interessados a participar do certame.

A carta-convite também é um instrumento convocatório, semelhante ao edital, mas da modalidade de licitação convite, cujo procedimento é mais simples e se justifica em razão de a contratação ser de menor valor. Por isso, a Administração envia o convite diretamente às empresas especializadas no objeto da licitação. Não há

a necessidade de publicação do instrumento na imprensa oficial, mas de sua afixação em local apropriado, para que os demais interessados tenham acesso e possam se cadastrar para participar, dentro do prazo ⁵.

Cuida o art. 27 da Lei Geral de Licitações de especificar quais documentos deve o licitante apresentar, para sua habilitação. O dispositivo legal faz menção à exigência de documentação, exclusivamente, relativa a: habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira, qualificação técnica, regularidade fiscal e trabalhista e o cumprimento do preceito constitucional constante no art. 6º, XXXIII, a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos” (BRASIL, 1993, on-line).

O inciso XXI, do art. 37 da Constituição, aduz que o procedimento licitatório só exigirá “qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Tendo por base o preceito supralegal mencionado, Di Pietro (2008), diz que a exigência do art. 27 da Lei 8.666/93, acerca da proibição de trabalho noturno, é exagero.

A orientação correta nas licitações é a dispensa de rigorismos inúteis e a não exigência de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados em licitar. [...] nada mais se pode exigir, na fase de habilitação, dos licitantes. Reconhecimentos de firma, certidões negativas, cauções, regularidade eleitoral, são exigências impertinentes, que a lei federal dispensou nesta fase, mas que a burocracia ainda vem fazendo ilegalmente, no seu vezo de criar embaraço aos licitantes. É verdadeiro estrabismo público, que as autoridades superiores precisam corrigir, para que os burocratas não persistam nas suas distorções rotineiras de complicar aquilo que a legislação já simplificou. (MEIRELLES, 1999, p. 121)

As documentações são, então, entregues pelos licitantes à comissão de licitação na hora e dia previamente estabelecidos pelo instrumento convocatório. São entregues no mesmo momento, também, as propostas. Entretanto, em envelopes separados e lacrados. Isto porque, a comissão analisará, primeiramente, os documentos de habilitação e, se habilitado o participante, passará à análise de sua proposta. Mas, se desabilitado, o envelope da oferta nem será aberto. O procedimento é devolvê-lo da mesma forma que foi recebido.

O julgamento das propostas pode ocorrer na mesma sessão pública em que foram abertos os respectivos envelopes, ou em sessão reservada, apenas com a comissão responsável e seus assessores, dada a complexidade dos documentos a serem verificados (GASPARINI, 2004).

Tem-se que a caracterização de aptidão documental, no que se refere à qualificação jurídica, técnica, econômico-financeira e regularidade fiscal e trabalhista do participante da licitação, denomina-se habilitação, bem como inabilitação, caso falte documento, ou algum não comprove a qualificação. Ainda, o resultado positivo ao licitante do julgamento da oferta, é chamado de classificação e, considera-se desclassificado aquele que apresentou a proposta em desacordo com os ditames do instrumento convocatório. “À entidade licitadora incumbe fundamentar a desclassificação, explicitando de modo claro e preciso os aspectos que determinaram sua incompatibilidade com os requisitos inerentes à licitação” (MELLO, 2007, p. 577).

Em seguida, tem-se a homologação e a adjudicação, atos previstos no art. 43, VI da Lei de Licitações e Contratos. Entende-se por homologação o ato da autoridade competente, em regra, superior à comissão de licitação, de ratificar o resultado obtido na licitação, que fora conduzida por aquela. Entretanto, pode acontecer de não ter sido observada alguma prescrição do instrumento convocatório, momento em que se abre para referida autoridade outras duas possibilidades: determinar a retificação da classificação das propostas, ou anular o procedimento, em razão de vício insanável, verificado em qualquer fase da licitação (MEIRELLES, 1999).

Superado o ato de homologação, em que seja confirmado o resultado da licitação, aguarda-se o prazo para interposição de eventuais recursos, e passa-se à adjudicação, conceituada como sendo o ato de “atribuir ao proponente-vencedor, autor da proposta mais vantajosa, o objeto da licitação” (GASPARINI, 2004, p. 532).

Conforme ensina Meirelles (1999, p. 152):

São efeitos jurídicos da adjudicação: a) a aquisição do direito de contratar com a Administração nos termos em que o adjudicatário venceu a licitação; b) a vinculação do adjudicatário a todos os encargos estabelecidos no edital e aos prometidos na sua proposta; c) a sujeição do adjudicatário às penalidades previstas

no edital e à perda de eventuais garantias oferecidas, se não assinar o contrato no prazo e condições estabelecidos; d) o impedimento de a Administração contratar o objeto licitado com qualquer outro que não seja o adjudicatário; e) a liberação dos licitantes vencidos dos encargos da licitação.

A adjudicação põe termo ao procedimento de licitação, dando espaço ao início da próxima etapa: a contratação do vencedor do certame. Vale ressaltar que, adjudicar não é o mesmo que convocar o licitante para assinar o contrato. A Administração Pública ainda pode aguardar o prazo estabelecido pelo edital ou pela lei. Todavia, não realizada a contratação dentro de sessenta dias da entrega das propostas, encontra-se liberado do compromisso o vencedor⁶, “e a contratação passa a depender da vontade do licitante em manter sua proposta” (MARTINS, 2013, on-line).

Acerca do tema, entendeu o relator da demanda que deu origem ao acórdão 868/2006, da segunda turma do Tribunal de Contas da União:

[...] o fato de o objeto de um dado certame ter sido adjudicado a uma empresa, não implica em direito subjetivo da mesma em obter a contratação. O direito do adjudicatário é o de ser convocado em primeiro lugar caso a Administração decida celebrá-lo, conforme vastamente pacificado pela jurisprudência e pela doutrina. (BRASIL, 2006, on-line)

Atinente à redução a termo da avença, cabe mencionar a existência de formalização de contrato antecedido por licitação, em que há a execução de vários procedimentos para a seleção do futuro contratado, e as contratações não precedidas de realização de certame público. São as hipóteses de dispensa e inexigência de licitação.

2.2 CONTRATO ADMINISTRATIVO

Após as licitações públicas, são firmadas avenças denominadas de contratos administrativos, os quais possuem peculiaridades que lhe atribuem singularidade, cuja regulação legislativa constam dos artigos 54 a 80 da Lei nº 8.666/93.

Nas palavras de Mello (2007, p. 602) o contrato administrativo

[...] é tipo de avença travada entre a Administração e terceiros, na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

Objetivando melhor entender a definição do instituto em apreço, faz-se necessário detalhar suas características, e como se dá a sua forma de realização. Consideram-se características desta espécie de contrato o formalismo, a adesão e a pessoalidade. E, quanto às peculiaridades, registre-se a presença de cláusulas exorbitantes, assim denominadas por não constarem de contratos firmados apenas entre particulares.

Por formalismo se entende a necessidade de reduzir a termo o acordo firmado entre o Poder Público e o particular, adequando o instrumento convocatório da licitação que antecedeu o contrato e a proposta do licitante vencedor.

A Administração traz no edital ou carta convite a minuta do contrato, ou seja, uma prévia de seus termos. Ficam, pois, cientes os licitantes que não poderão propor alterações substantivas. Por este motivo, o contrato administrativo é considerado de adesão. Com efeito, ainda que o instrumento contratual não seja precedido de licitação, é a Administração que dita as suas previsões (DI PIETRO, 2007).

Desde que expresso no edital e no contrato, é defesa a subcontratação do objeto pelo contratado⁷, tendo em vista que “todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados intuitu personae, ou seja, em razão de condições pessoais do contratado, apuradas no procedimento da licitação” (DI PIETRO, 2007, p. 249).

Cláusulas exorbitantes são aquelas que conferem vantagens ao Poder Público, distanciando-se do Direito Civil. Assim, uma vez firmado o contrato administrativo entre o Poder Público e o particular, “são conferidas à Administração Pública, com fundamento na supremacia do interesse público, prerrogativas que lhe colocam em patamar diferenciado, de superioridade em face do particular que com ela contrata” (FURTADO, 2013, p. 417).

2.2.1 Cláusulas exorbitantes

Disposições do contrato que conferem à Administração pública privilégios em relação ao particular se tratam das cláusulas exorbitantes, assim denominadas porque exorbitam dos contratos realizados apenas entre particulares, ou seja, nestes elas não se fazem presentes.

O art. 58 da Lei nº 8.666/93 menciona grande parte das referidas cláusulas, quais sejam: modificação e rescisão unilateral do contrato; fiscalização da execução do objeto; aplicação de sanções e, no caso de serviços essenciais, a ocupação provisória de bens móveis, imóveis, serviço e pessoal, para a continuidade da atividade. Ademais, ao longo do texto da lei mencionada, encontram-se: a exceção do contrato não cumprido e a exigência de garantia. Para o presente estudo importa a análise da cláusula exorbitante que se refere à modificação contratual unilateral, autorizado pelo art. 58, I, vez que remete à ideia de que será desconsiderado ou flexibilizado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

A alteração unilateral é regulada pelo art. 65, I, "a" e "b", comportando modificação quantitativa e qualitativa, nos seguintes termos:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. (BRASIL, 1993, on-line)

No que tange à alteração quantitativa, pode-se afirmar que esta autoriza a Administração crescer o contrato nos percentuais acima expostos, a exemplo de solicitar a entrega de mais unidades do material comprado, desde que se mantenha o equilíbrio econômico financeiro, que resulta no aumento proporcional do valor a ser pago ao contratado. Ressalta-se que, obedecida a quantidade desses percentuais, obriga-se o contratado a executar o objeto, sem que seja necessário o seu consentimento prévio à alteração.

A modificação contratual qualitativa se refere à técnica e ao projeto. Nesse sentido, Furtado (2013, p. 419) exemplifica:

Após assinado o contrato, descobre-se, ou se torna disponível nova tecnologia que permitiria a execução da obra em menor tempo e com durabilidade bem maior. Nessa hipótese, a Administração poderia decidir, unilateralmente, adotar essa nova tecnologia e o material. Seria exemplo de alteração qualitativa do contrato, haja vista o objeto do contrato – execução de 100 km de asfalto –, não ter sofrido qualquer modificação.

Doutrinariamente, estudiosos suscitam a questão de não haver limite estabelecido em lei para as alterações qualitativas do contrato, pois existe apenas para as quantitativas, sendo os percentuais de 25% e 50%, para acréscimo e supressão⁸.

Verifica-se a existência de autorização legal para a formalização do contrato administrativo de forma divergente do instrumento convocatório, ficando a cargo do gestor público a forma de aplicar os limites da alteração contratual qualitativa, bem como aos Tribunais de Contas, especialmente, fazer o seu controle.

3 ANÁLISES DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL - VINCULAÇÃO DO CONTRATO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Mesmo após todo o procedimento licitatório, resultando na seleção de um candidato para executar o objeto do certame, não é obrigatória a contratação daquele, vez que poderão haver circunstâncias supervenientes que a torne inconveniente e inoportuna ou inválida.

No que tange à revogação e anulação do certame, a Lei de Licitações e Contratos, em seu art. 49, assim prescreve:

A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por

razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. (BRASIL, 1993, on-line)

O Poder Público pode se deparar, no caso concreto, com situações que tornem inviáveis o seguimento do instrumento convocatório, consistentes, via de regra, no edital e na carta convite, acompanhados do projeto básico ou termo de referência, já explicados no capítulo anterior.

Assim, pode ocorrer de o instrumento convocatório da licitação ser mal elaborado, culminando em desvantagens para a Administração Pública, se seguido. Contudo, em um edital cuja elaboração foi falha, nem sempre está caracterizado vício ou a ocorrência de fato superveniente. Portanto, não será cabível a anulação ou revogação do procedimento licitatório. Por isso, alguns estudiosos apontam posições sobre flexibilização do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Visualiza-se nesta situação, que a lei não disciplina especificamente o que o administrador deve fazer, ficando a seu cargo analisar a resolução, conforme os princípios que norteiam o Direito Administrativo. Neste diapasão entra em cena a atuação de vários princípios, mormente, do da razoabilidade e da proporcionalidade.

A revogação não atenderia aos princípios da eficiência, que remete à economia de recursos públicos e de tempo; da supremacia do interesse público, entre outros, uma vez que há a necessidade da contratação do objeto, e recomençar um procedimento licitatório atentaria a todos estes princípios.

No caso de um erro de projeto que cause problemas à execução contratual, pode-se deduzir que a hipótese correta seria a de rescindir o ajuste. Todavia, não se compatibiliza com o princípio da continuidade do serviço público a interrupção deste, tendo em vista iminente prejuízo aos seus usuários. Destarte, é com base no aludido princípio, que se autoriza a alteração unilateral do contrato, sem se olvidar da devida responsabilização do agente público que deu causa ao erro (GUIMARÃES, 2003).

Retome-se o posicionamento doutrinário de que, em se tratando de direito fundamental de particular em conflito com o interesse público, não deve prevalecer o princípio da supremacia do interesse público, em regra, alegado pelo gestor da res publica para fundamentar decisões de cunho discricionário, vez que defendido pela Lei Maior nacional o direito fundamental. Assim, comporta relativização o aludido princípio, a depender da situação fática.

Nesta seara, em sendo de extrema importância o contrato analisado em determinado caso, colocando-se em risco o atendimento de direitos fundamentais de seus destinatários, não se caracteriza como melhor alternativa a revogação do pacto, por mera irregularidade formal ou falha na descrição do objeto, sob o argumento de que se estaria obedecendo ao princípio da supremacia do interesse público, pois há direitos fundamentais a ser tutelados.

Aplicando-se essa ideia no sentido de autorizar a disposição contratual ser distinta do instrumento que convocou participantes à licitação, pode-se dizer que, na reconstrução do conceito do princípio da supremacia do interesse público, este autoriza a referida ação, pois,

A noção de interesse público não se contrapõe aos interesses individuais dos integrantes da sociedade. Bem ao contrário, somente se tem um verdadeiro interesse público, no exato sentido jurídico do termo, quando representa um verdadeiro somatório dos interesses dos indivíduos que nele encontram a projeção de suas próprias aspirações. O verdadeiro interesse público é indissociável dos interesses que o compõem. (BORGES, 2007, on-line)

Por este viés, é possível afirmar que o interesse público é formado pela junção de vários interesses particulares, consistentes em direitos fundamentais individuais, os quais também devem ser defendidos e, após análise minuciosa da situação fática, prevalecem sobre o clássico princípio da supremacia do interesse público, ao passo que este também é atendido, na sua reconstrução.

Neste diapasão, visando atender aos princípios já expostos no presente trabalho, os quais se destinam a garantir a consecução dos direitos fundamentais individuais e, concomitantemente, a supremacia do interesse público, torna-se possível a formalização do contrato corrigindo uma falha do edital, carta convite, ou documentos que lhe façam as vezes (instrumentos convocatórios).

3.1 RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Em que pese todo o arcabouço legislativo, doutrinário e jurisprudencial sobre a reta aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, corroborando com a exposição do tópico anterior, alguns estudiosos defendem a sua relativização quando da celebração do contrato administrativo, com o intuito de obter benefícios à coletividade.

Consoante ensinamento de Meirelles (1999), sempre é possível discutir o contrato com o vencedor do certame, após a adjudicação, a fim de que a Administração obtenha mais vantagens que as constantes da proposta inicial, tais como: a redução de preços, diminuição de prazo da execução, desde que avençadas em comum acordo, mesmo que tais condições não estejam presentes no edital ou na proposta.

Carvalho Filho (2008) afirma existir consenso entre os doutrinadores sobre firmar contratos divergentes do instrumento convocatório, destacando a ressalva de que devem ser para beneficiar a Administração e que a modificação não pode recair sobre previsão que possibilitaria o ingresso de outros licitantes, se prevista desde o início do procedimento. O princípio da igualdade há de prevalecer e sua viabilidade tem que ser aferida a cada caso.

Na mesma esteira, manifesta-se Gasparini (1999), expondo que a Administração Pública pode se reunir com o vencedor do certame licitatório ou selecionado diretamente, para propor condições contratuais que não constam do instrumento convocatório, as quais podem ser previsão de garantia, forma de pagamento diversa, diminuição do valor a ser pago por serviço ou produto, e a entrega de objeto de última geração, se a empresa tem essa disponibilidade e o instrumento convocatório previu produto desatualizado.

Ainda, defende o autor supra não haver ferimento ao princípio da isonomia, tendo em vista a inexistência de favorecimento ao contratado, mas sim, à contratante. Ademais, por esse procedimento estar-se-á atendendo ao princípio da boa administração e economicidade, por não necessitar de outra movimentação estatal como a licitação, para conseguir pequenas alterações que tragam melhorias à Administração Pública (GASPARINI, 1999).

Até então, mencionou a doutrina alterações contratuais bilaterais, ou seja, de comum acordo entre a Administração Pública e o licitante vencedor do certame. Ademais, há que se falar, também, na alteração do contrato unilateral, as quais se referem aos aspectos quantitativo e qualitativo do pacto.

3.1.1 Alteração unilateral qualitativa do contrato e seus limites

A alteração qualitativa é autorizada nos contratos administrativos pelo art. 58, I da Lei nº 8.666/93, quando da menção à possibilidade de o Poder Público alterar, unilateralmente, a convenção. Sua especificação é trazida pelo art. 65, I, "a" do mesmo Diploma Legal.

Consiste a alteração unilateral qualitativa na modificação do contrato firmado entre a Administração Pública e o contratado, por iniciativa daquela, para adequar a convenção à realidade fática, de acordo com o interesse público. Difere-se da modificação quantitativa por se referir à forma de execução, ou seja, à alguma alteração técnica.

Nesta esteira, preceitua Guimarães (2003, on-line):

O poder de modificação dos contratos administrativos diz respeito à competência deferida à Administração Pública para que essa, no âmbito da relação jurídica-contratual administrativa, exerça a tutela do objeto do contrato, cuidando de adequar a prestação decorrente às necessidades públicas envolvidas.

Apoia Sundfeld (1992, p.152), ao dizer que, "Trata-se de instrumentá-lo com os poderes indispensáveis à persecução do interesse público. Caso a administração ficasse totalmente vinculada pelo que avençou, com o correlato direito de o particular exigir a integral observância do pacto, eventuais alterações do interesse público, decorrentes de fatos supervenientes ao contrato, não teriam como ser atendidas".

Não se discute a aplicação da alteração de caráter qualitativo aos acordos públicos. Porém, um de seus aspectos gerou discussão doutrinária e posicionamentos divergentes nos Tribunais, a saber: seus limites. Isto porque, a Lei de Licitações e Contratos impõe limitação às modificações contratuais unilaterais referentes à quantidade, mas não disciplinou o mesmo para as qualitativas.

Assim, nos contratos que tenham como objetos obras, serviços ou compras, o contratado não pode se

recusar a aceitar acréscimos ou supressões de até 25% do valor inicial da avença, bem como de até 50%, para acréscimos, nos casos de reforma de edifício ou equipamento⁹.

De acordo com Szklarowsky (2000, p. 200):

Atente-se, porém, que, sem embargo de a lei não fixar uma limitação incisiva [...], o contratante deverá balizar essa alteração, dentro dos limites razoáveis e imprescindíveis, de modo a atender o interesse público. Deve haver demonstração cabal de que a modificação é necessária, sem o que prejudicados estariam o projeto ou as especificações porque em conflito com os objetivos pretendidos. A motivação é essencial.

Contrariamente ao posicionamento que afirma haver limitação para o modo de alteração contratual em tela, o autor entende que o hermenêuta jurídico não pode colocar restrições onde a lei não as insere (SZKLAUROWSKY, 2000).

Em 1999, o Tribunal de Contas da União se manifestou, por meio do Acórdão nº 215, em relação à consulta solicitada pelo ex-ministro do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, Gustavo Krause Gonçalves Sobrinho, acerca de alteração contratual qualitativa acima dos percentuais constantes da Lei nº 8.666/93.

Para tanto, o ex-ministro apresentou a existência de obra pública, para construção de uma barragem, em adiantado estágio, a qual necessitou de acréscimos por situação verificada quando da escavação.

No relatório do Subprocurador-Geral do Ministério Público, este aduziu que a autoridade consulente:

argumenta que a substituição do maciço de terra, originalmente previsto no projeto básico e no contrato, por maciço em concreto compactado a rolo - CCR, traria benefícios econômicos e sociais à comunidade alcançada pela obra (quase três milhões de pessoas), como: a redução do prazo total de conclusão da barragem; a possibilidade de estocar água à medida em que o maciço CCR vai sendo elevado, antecipando a acumulação de água na região em dois ou três anos; a segurança no abastecimento de água para projetos industriais, turísticos e de irrigação, em vias de implantação na região (fls. 1/2). Acrescenta, ainda, que a tecnologia CCR quase não era utilizada na construção de barragens no Brasil, à época da elaboração do projeto básico; que a utilização dessa tecnologia não comprometerá a segurança da obra nem alterará as suas características [...]. (BRASIL, 1999, on-line)

A tese adotada pelo membro do Parquet foi a de que, às alterações qualitativas unilaterais, aplicam-se as mesmas limitações legais expressas para as modificações quantitativas. Pois, poucos contratariam com a Administração Pública se referidos limites não fossem claros, haja vista que o licitante deve os levar em consideração na formulação de sua proposta (BRASIL, 1999, on-line).

No mesmo sentido, leciona Sundfeld (1992) que, se ao Poder Público fosse possibilitado impor modificação contratual unilateral de caráter qualitativo sem parâmetros, o contratado poderia não ter condições de dar sequência à execução do objeto, principalmente, por não possuir capacidade operacional para tanto, ainda que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Entretanto, o Ministério Público entendeu que pode haver alteração da convenção quanto à qualidade, ultrapassando os limites previstos no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, desde que seja realizada com o consentimento do contratado. Assim, proferiu parecer nos seguintes termos:

Além de bilaterais e qualitativas, sustentamos que tais alterações sejam excepcionalíssimas, no sentido de que sejam realizadas quando a outra alternativa - a rescisão do contrato, seguida de nova licitação e contratação - significar sacrifício insuportável do interesse coletivo primário a ser atendido pela obra ou serviço. Caso contrário, poder-se-ia estar abrindo precedente para, de modo astucioso, contornar-se a exigência constitucional do procedimento licitatório e a obediência ao princípio da isonomia. (BRASIL, 1999, on-line)

A decisão do Plenário do Tribunal de Contas da União acolheu o entendimento do Subprocurador-Geral do Ministério Público. Ademais, o acórdão instituiu seis pressupostos, para autorização da modificação contratual qualitativa:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência. (BRASIL, 1999, on-line)

Após essa decisão, a qual se edificou em diversas colocações doutrinárias acerca do tema e em apresentações de princípios do Direito Administrativo, o Tribunal de Contas da União proferiu outras com o mesmo entendimento, inclusive, fazendo alusão ao Acórdão nº 215/1999.

Colabora com a colocação do parecer ministerial, no qual se fundamentou o acórdão 215/1999, as exposições de Furtado (2013, p. 421), nos termos a seguir:

Entendemos, assim, que é correta a tese de que as alterações unilaterais qualitativas estão sujeitas aos mesmos limites escolhidos pelo legislador para as alterações quantitativas [...].

Fundamentamo-nos na necessidade de previsão de limites objetivos e claros em Lei, no princípio da proporcionalidade e no respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da Lei nº 8.666/93.

A supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, que excedam os limites previstos no art. 65, § 1º, é também causa de rescisão do contrato, por inexecução pela Administração, conforme prevê o art. 78, XIII, da Lei nº 8.666. O que reforça a nossa tese de observância a esses limites nas alterações unilaterais, sejam quantitativas ou qualitativas.

O autor alicerçou seu posicionamento no art. 78, XIII da Lei Geral de Licitações e Contratos, o qual estabelece como motivo para rescisão do contrato “a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65” (BRASIL, 1993, on-line) da mesma lei. Assim, se a supressão dos objetos contratados superar os limites legais é causa para o desfazimento da avença, entende-se obedecerem os acréscimos a mesma lógica.

Outrossim, cabe menção à decisão nº 448, produzida pela mesma Corte, em 2011, cujo teor se afastou daquela proferida no final da década de 90. Tratou-se de representação realizada pela 4ª Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, em face da Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia – Hemobrás.

A empresa pública foi representada por suspeita de irregularidade no Termo Aditivo 01/2010, do Contrato nº 22/2007, firmado com o Laboratoire Français du Fractionnement et des Biotechnologies – (LFB), cujo objeto era a transferência de tecnologia alusiva ao processo de produção de hemoderivados. Ensejou o termo aditivo, acréscimo de cerca de 2.700% ao valor inicial do contrato, “o qual passou a prever que o LFB encarregar-se-ia não só da transferência de tecnologia referente ao processo de produção de hemoderivados, mas também da própria execução dos serviços de fracionamento de plasma captado no Brasil” (BRASIL, 2011, on-line).

Após analisar a matéria, o relator da demanda ressaltou que o termo aditivo não atendia aos pressupostos da decisão 215/1999 e que, a princípio, afrontava o art. 65, § 1º da Lei de Licitações e Contratos (os percentuais limites para acréscimos e supressões). Porém, utilizou-se de dois argumentos sobre os quais sustentou parecer favorável à manutenção do aditamento.

O primeiro deles se referiu ao provável resultado de nova licitação e conseqüente contrato, caso fosse revogado o já existente. Destarte, alertou que o laboratório contratado seria o vencedor licitante novamente,

vez que foi o único participante no primeiro certame.

Pontuou, ainda, que o objeto do termo aditivo (execução dos serviços de fracionamento de plasma captado no Brasil) não poderia ser interrompido, pois foi necessário em razão da anulação de duas licitações para a construção de uma fábrica nacional, a fim de realizar tais serviços. Ademais, a espera pela referida obra deixaria de atender às pessoas com doenças, cujo tratamento dependesse dos medicamentos produzidos pela contratada; além de os funcionários da contratante aprenderem as técnicas de desenvolvimento dos mencionados serviços, otimizando o tempo ao utilizar a metodologia e estrutura do laboratório francês.

Cumprir destacar que o plenário do Tribunal de Contas da União acolheu a manifestação do relator. Portanto, manifestou-se pela excepcionalidade da decisão, entendendo não ser o caso de realização de outro certame licitatório, em razão das peculiaridades do caso apresentado. (BRASIL, 2011, on-line)

O contrato nº 22/2007, cujo termo aditivo foi objeto de análise pela Corte de Contas da União, foi firmado por meio de dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, VII, da Lei nº 8.666/93¹⁰. Assim dispõe o extrato da dispensa, publicada na p. 80, seção 3, do Diário Oficial da União, em 02/10/2007:

EXTRATO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO No - 24/2007 a) Processo: 25800.001429/2007-12; b) Espécie: Termo de Contrato n.º 22/2007 celebrado em 01.10.2007, entre a Hemobrás e o Laboratoire Français du Fractionnement et des Biotechnologies - LFB S.A., CNPJ: 07.102.300/0001-20; c) Objeto: Transferência à Hemobrás de tecnologia destinada à produção dos hemoderivados Fator VIII, Fator IX, Albumina e Imunoglobulina Poliespecífica Intravenosa a partir do fracionamento industrial de plasma; d) Fundamento Legal: Art. 24, inciso VII, da Lei n.º 8.666/93; e) Vigência: 4 (quatro) anos, contados da data da assinatura, prorrogável por meio de instrumento aditivo, mais o prazo dos royalties [...]. (BRASIL, 2007, p.80) [grifo nosso]

Verifica-se que o objeto inicial do contrato consistiu na transferência de tecnologia à empresa brasileira. Posteriormente, por meio de termo aditivo, estabeleceu-se que o contratado iria executar os serviços de fracionamento de plasma captado no Brasil.

Pode-se concluir pela transfiguração do objeto, a qual se deu em razão da aditivação do pacto administrativo, o qual foi mantido, inclusive, com parecer favorável do órgão de fiscalização e controle externo, o Tribunal de Contas da União, afastando-se a decisão mais recente do item IV do acórdão 215/1999, que vedou a descaracterização do objeto contratado inicialmente.

A avaliação das duas decisões apresentadas demonstra a possibilidade de contratação em condição distinta do instrumento convocatório, conquanto autorizada com elevada meticulosidade nas alterações contratuais qualitativas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando-se o estudo de princípios intrínsecos ao Direito Administrativo, especificamente, à licitação, bem como o percurso do procedimento licitatório e da formalização dos contratos, e estudos doutrinários e jurisprudencial sobre a alteração contratual no que tange ao instrumento convocatório, conclui-se:

- 1 – A reconstrução do princípio da supremacia do interesse público, que o eleva ao patamar da junção dos direitos fundamentais dos indivíduos, permite o afastamento do princípio da vinculação ao instrumento convocatório para corrigir, por meio do contrato, possível falha do edital, carta-convite, ou outro documento da mesma natureza, a fim de garantir o atendimento de necessidades imprescindíveis ao ser humano.
- 2 – Conforme pontuam doutrinadores administrativistas, fundamentando-se nos princípios da eficiência, da boa administração, da proporcionalidade e razoabilidade, pode a Administração Pública negociar disposições convencionais com o contratado, objetivando obter vantagens ao interesse público, concernente ao objeto a ser desempenhado, desde que não haja inobservância aos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade;
- 3 – No que se refere às divergências de análises quanto aos limites para a aplicação das alterações contratuais unilaterais qualitativas ante a sua omissão legal, denota-se larga inclinação doutrinária e jurisprudencial para que se empreguem, unilateralmente, os mesmos percentuais previstos para as alterações quantitativas.
- 4 – Todavia, observou-se, ainda sobre a modificação de caráter qualitativo, o entendimento pela desconsideração desses limites, uma vez atendido o critério da bilateralidade, ou seja, consenso entre a

Administração Pública e o contratado, sob o argumento de proporcionar segurança aos licitantes ou contratados diretos, para que estes não desistam de realizar pactos com o Poder Público por saberem que, a qualquer momento, poderá lhes ser imposto encargo maior que o avençado inicialmente, tendo que se obrigar a cumprir, talvez sem condições operacionais, ainda que mantido o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

5 – Frente a situação que tenha como alternativa a contratação divergente dos termos do instrumento convocatório e, por outro lado, a opção de rescindir o contrato já firmado ou revogar a licitação, pode se valer o gestor público da primeira possibilidade, tendo em vista a análise dos princípios do Direito Administrativo. Isso porque, a realização de novo certame licitatório pode ir de encontro aos princípios da eficiência, proporcionalidade e razoabilidade, indisponibilidade do interesse público, supremacia do interesse público, a depender da situação fática.

6 – Coaduna-se à presente afirmação a decisão constante do acórdão 448/2011, do Tribunal de Contas da União, a qual, inclusive, refutou posicionamento firmado e seguido vastamente pela mesma corte, desde de 1999.

Diante do exposto, entende-se pela possibilidade de avença administrativa diversa do instrumento convocatório, desde que edificada nos princípios que norteiam o Direito Administrativo, aplicados de maneira a adequar as normas legais às necessidades fáticas.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 1998.
- BORGES, Alice Gonzalez. *Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?* Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 15, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%ABlico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.
- _____. Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm> Acesso em: 11 de abr. 2015.
- _____. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 05 mai. 2015.
- _____. Lei nº 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: 12 abr. 2015.
- _____. Tribunal de Contas da União. *Revista Licitações & Contratos*. 3. ed. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/220Licita%C3%A7%C3%B5es-Conceitos%20e%20Princ%C3%ADpios.pdf>. Acesso em: 02 abr. de 2015.
- _____. Tribunal de Contas da União. DC-0215-18/99-P. Processo nº 930.039/1998-0. Decisão 215/1999 – Plenário. Relator: min. Adylson Motta. Julgamento: 12/05/1999. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC02151899P.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2015.
- _____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 448/2011-Plenário, TC-011.298/2010-3. Relator: min. Aroldo Cedraz. Julgamento: 23/02/2011. Disponível em: <www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/.../INFO_TCU_LC_2011_52.doc>. Acesso em: 06 jun. 2015.
- _____. Tribunal de Contas da União. *Licitações & Contratos*. 3. ed. Acórdão 868/2006. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/2%20Licita%C3%A7%C3%B5es-Conceitos%20e%20Princ%C3%ADpios.pdf>. Acesso em: 02 abr. de 2015. Acesso em: 11 abr. de 2015.

- _____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento: AG 71572620104040000 SC 0007157-26.2010.404.0000. Relator: desemb. Fernando Quadros da Silva. Julgamento em: 13/07/2010. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18058106/agravo-de-instrumento-ag-0-sc-0007157-2620104040000-trf4>>. Acesso em: 11 abr. 2015.
- CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa; DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. A fase interna da licitação: distinções entre Projeto Básico e Termo de Referência. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 141, p. 54-59, set. 2013. Disponível em: <<http://www.tatianacamara.com.br/wp-content/uploads/2014/02/projeto-basico-e-termo-referencia.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CEARÁ. Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Processo nº 9.773/00. Informação 118/00, 2000. Disponível em: <http://www.tcm.ce.gov.br/site/_arquivos/consultas/consultas_tecnicas/ipu%20118%2000.pdf>. Acesso em: 13. mai. 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- EMPRESA BRASILEIRA DE HEMODERIVADOS E BIOTECNOLOGIA. Produtos hemoderivados. Disponível em: <<http://www.hemobras.gov.br/site/conteudo/ph.asp>>. Acesso em 07 jun. 2015.
- GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Diógenes. Validade das contratações em condições diversas do edital e da proposta. Teresina: Jus Navigandi, 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/437/validade-das-contratacoes-em-condicoes-diversas-do-edital-e-da-proposta>> Acesso em: 30 mai. 2015.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alteração unilateral do contrato administrativo (interpretação de dispositivos da Lei nº 8.666/1993). São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 6. ed. São Paulo: Dialética, 1999.
- MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014.
- MARTINS, Patrícia Cristina Lessa Franco. Licitação e expectativa de direito à contratação. Revista Conteúdo Jurídico, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,licitacao-concluida-e-expectativa-de-direito-a-contratacao,46424.html>>. Acesso em: 06 mai. 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento Cv: AI 10024121295299001 MG. Julgamento: 21/05/2013. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115601622/agravo-de-instrumento-cv-ai-10024121295299001-mg>>. Acesso em: 02 abr. 2015.
- MONTEIRO, Leandro. Vertente material do princípio da publicidade administrativa. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9680&revista_caderno=4>. Acesso em 03 abr. 2015.
- MUKAI, Toshio. Curso avançado de licitações e contratos públicos. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. Princípio da isonomia na licitação pública. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.
- SILVA. Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20%20proporcional%20e%20%20razoavel.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2015.
- SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3145>>. Acesso em: 02 abr. de 2015.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Contratos administrativos. Acréscimos de obras e serviços. Alteração. Revista Trimestral de Direito Público n.º 2, São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
- SZKLAUROWSKY, Leon Frejda. As alterações dos contratos administrativos na Lei nº 8.666/93. In: MUKAY, Toshio

(Org). Curso avançado de licitações e contratos públicos. 1. ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. O princípio da supremacia do interesse público: uma visão crítica da sua devida conformação e aplicação. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 86, mar. 2011. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9092&revista_caderno=4>. Acesso em 02 abr. 2015.

RESUMO:

O presente trabalho aborda assunto do Direito Administrativo, mais especificamente sobre as contratações públicas, relacionando os princípios gerais administrativos e os específicos nas licitações, dando enfoque ao da vinculação ao instrumento convocatório. Procura-se demonstrar se há situações em que a aplicação do referido princípio pode ser relativizada, sendo formalizado contrato em que conste disposição distinta do edital, carta convite ou outro documento que faça as vezes do instrumento convocatório. Desta feita, com embasamento em decisões dos Tribunais de Contas e judiciários e de posicionamentos doutrinários, realizou-se análises dos casos de contratos públicos autorizados pela Lei 8.666/93, num estudo sobre o instrumento que convocou os particulares ao certame de cada um deles e como se dá a sua vinculação ao procedimento e ao contrato, para verificar se podem haver contratações em condições diversas daquele instrumento. Para tanto, utilizou-se o método dialético, o da dogmática como interpretação jurídica e a técnica de documentação indireta, consistente na pesquisa documental e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Contrato Administrativo. Vinculação ao instrumento convocatório.

³ Art. 3º e 6º da Constituição Federal.

⁴ Art. 3º, § 1º da Lei 8.666/93.

⁵ Art. 22, § 3 da Lei de Licitações.

⁶ Art. 64, § 3º da Lei nº 8.666/93.

⁷ Art. 78, VI da Lei nº 8.666/93.

⁸ Art. 65 da Lei nº 8.666/93.

⁹ Art. 65, § 1º da Lei nº 8.666/93.

¹⁰ Art. 24. É dispensável a licitação:

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

Publish Research Article

International Level Multidisciplinary Research Journal For All Subjects

Dear Sir/Mam,

We invite unpublished Research Paper, Summary of Research Project, Theses, Books and Books Review for publication, you will be pleased to know that our journals are

Associated and Indexed, India

- ★ Directory Of Research Journal Indexing
- ★ International Scientific Journal Consortium Scientific
- ★ OPEN J-GATE

Associated and Indexed, USA

- DOAJ
- EBSCO
- Crossref DOI
- Index Copernicus
- Publication Index
- Academic Journal Database
- Contemporary Research Index
- Academic Paper Database
- Digital Journals Database
- Current Index to Scholarly Journals
- Elite Scientific Journal Archive
- Directory Of Academic Resources
- Scholar Journal Index
- Recent Science Index
- Scientific Resources Database

Review Of Research Journal
258/34 Raviwar Peth Solapur-
413005, Maharashtra
Contact-9595359435

E-Mail-ayisrj@yahoo.in/ayisrj2011@gmail.com