



**CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS -
UNIPAC**

CURSO DE DIREITO

MAURÍCIO LEITE COSTA

**O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO NAS
LICITAÇÕES PÚBLICAS**

JUIZ DE FORA - MG

2020

MAURÍCIO LEITE COSTA

**O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO NAS
LICITAÇÕES PÚBLICAS**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. José Rufino de Souza Júnior

JUIZ DE FORA – MG

2020

MAURÍCIO LEITE COSTA

**O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO NAS
LICITAÇÕES PÚBLICAS**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. José Rufino de Souza Júnior (Orientador)
Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Dedico esse trabalho à minha esposa, aos meus
filhos e à minha mãe.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, por ter me concedido saúde e determinação, permitindo que eu alcançasse todos os meus objetivos e superasse as adversidades, durante todos estes anos de estudos.

À minha esposa, Tatiane, por todo o apoio e companheirismo na vida e, em particular, nesta jornada acadêmica.

Aos familiares e amigos, pelo suporte e compreensão nestes anos de relativa ausência por conta das atividades e estudos.

À professora mestra Inês Scassa Afonso-Neto, por seu inestimável auxílio neste trabalho, e ao professor mestre José Rufino de Souza Júnior, por sua orientação.

Às pessoas com quem convivi ao longo destes anos de curso, que de uma forma ou de outra contribuíram nas lições aprendidas no dia-a-dia acadêmico.

A todos vocês, meus agradecimentos e votos de muito sucesso no prosseguimento de suas vidas.

As adversidade despertam em nós
capacidades que, em outras
circunstâncias, ficariam
adormecidas.

Horácio

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como tema o Direito Administrativo, mais especificamente Licitações e Contratos. Nosso objetivo é entender e destacar a importância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório no desenrolar do procedimento das Licitações Públicas. Discorre-se, inicialmente, sobre o objetivo deste trabalho, salientando aspectos introdutórios da importância da licitação pública na consecução das finalidades da Administração Pública, muito particularmente no que tange aos gastos públicos. Posteriormente, são reunidas a legislação pertinente e as lições de grandes doutrinadores na definição do conceito e das finalidades das licitações. Na sequência, conceitua-se alguns dos princípios mais importantes que regem as licitações públicas, em particular aqueles que figuram no Art. 3º da Lei 8.666/1993, a saber: legalidade; impessoalidade; moralidade; igualdade; publicidade; probidade administrativa; vinculação ao instrumento convocatório; julgamento objetivo, culminando com uma profunda pesquisa doutrinária sobre o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, trazendo de maneira bastante objetiva e direta a posição de importantes doutrinadores e estudiosos do tema, bem como jurisprudências acerca do assunto. Conclui-se, portanto, a grande importância da observância dos princípios inculcados no Art. 3º da Lei 8.666/1993 na dinâmica do processo licitatório, sobretudo, no particular caso do nosso estudo, do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Palavras-Chave: Direito Administrativo. Licitações e Contratos. Princípios da licitação pública. Vinculação ao Instrumento Convocatório.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 LICITAÇÕES PÚBLICAS – CONCEITO E FINALIDADE.....	10
2.1 Conceito.....	10
2.2 Finalidade	11
3 PRINCÍPIOS DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	15
3.1 Legalidade	16
3.2 Impessoalidade	17
3.3 Moralidade	18
3.4 Igualdade	18
3.5 Publicidade	19
3.6 Proibição administrativa	19
3.7 Vinculação ao instrumento convocatório	20
3.8 Julgamento objetivo	21
4 IMPORTÂNCIA E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	23
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	27
REFERÊNCIAS	28

1 INTRODUÇÃO

Com os meios de comunicação e mídia existentes hoje, qualquer cidadão é capaz de imaginar, ainda que de maneira pouco precisa, o quão significativo é o volume de recursos públicos despendidos anualmente nas diversas esferas da Administração, seja federal, estaduais ou distrital e municipais. São gastos públicos para custeio e investimentos os mais diversos, transferindo bilhões de reais anualmente dos cofres públicos para particulares, em troca de bens e serviços.

A Administração Pública exerce, ou deveria exercer, suas diversas atividades sempre observando como fim o interesse público. Para alcançar este objetivo, precisa valer-se de bens e serviços fornecidos por terceiros. (CARVALHO FILHO, 2018, p.310).

Segundo o supracitado autor:

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos. (CARVALHO FILHO, 2018, p.310).

É neste contexto que destacamos a importância da licitação pública, contornando os riscos de ineficiência e corrupção, na medida em que é um procedimento anterior à contratação e que visa a permitir ampla participação de interessados e a consequente escolha da proposta que melhor atenda aos interesses públicos.

Dito isso, e considerando a extensão e importância do tema, este trabalho de conclusão de curso seguirá uma espécie de roteiro, a saber: inicialmente será conceituada e definida a finalidade das licitações públicas. Posteriormente, serão descritos, de maneira objetiva e direta, os principais princípios das licitações públicas. Por fim, será analisada a importância e a aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório nas licitações públicas, particularmente no que diz respeito à isonomia entre os licitantes.

Os três grandes blocos do roteiro comporão cada qual um capítulo, e serão fruto de rigorosa pesquisa bibliográfica, privilegiando as obras de renomados doutrinadores contemporâneos.

No primeiro capítulo – Introdução, discorre-se inicialmente sobre o objetivo deste trabalho, salientando aspectos introdutórios da importância da licitação pública na consecução

das finalidades da Administração Pública, muito particularmente no que tange aos gastos públicos.

No segundo capítulo - Licitações Públicas – Conceito e Finalidade, reuniremos as lições de grandes doutrinadores na definição do conceito e das finalidades das licitações, cotejando a doutrina com a legislação pertinente.

No terceiro capítulo – Princípios das Licitações Públicas, teremos a oportunidade de trazer à baila breves explicações sobre alguns dos princípios mais importantes que regem as licitações públicas, em particular aqueles que figuram no Art. 3º da Lei 8.666/1993, a saber: legalidade; impessoalidade; moralidade; igualdade; publicidade; proibidade administrativa; vinculação ao instrumento convocatório; julgamento objetivo.

Dando sequência, faremos no quarto capítulo - Importância e Aplicação do Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório nas Licitações Públicas, uma profunda pesquisa doutrinária sobre o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, trazendo de maneira bastante objetiva e direta a posição de importantes doutrinadores e estudiosos do tema, bem como jurisprudências acerca do assunto.

Pode-se dizer, portanto, que o objetivo precípuo deste trabalho é, em última análise, destacar a importância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório nas licitações públicas, o que será atingido ao respondermos se é possível, se pode a Administração Pública mitigar a observância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, sob pretexto de obter condições mais vantajosas de contratação.

2 LICITAÇÕES PÚBLICAS – CONCEITO E FINALIDADE

Inicialmente, passa-se a pesquisar conceito e finalidade das licitações públicas, a fim de entendermos adequadamente o objeto deste trabalho.

Segundo reza a Carta Política, em seu artigo 37, inciso 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.

Dito de outra forma, tendo a Administração necessidade de adquirir determinado bem ou serviço, via de regra haverá a obrigatoriedade de licitação para contratar particular capaz de fornecer o bem ou o serviço pleiteado, da maneira mais vantajosa à Administração Pública.

A Lei 8.666/1993 é a lei mais abrangente de normas gerais sobre licitações e contratos. Complementada pela Lei 10.520/2002, que instituiu a modalidade de licitação denominada pregão, têm, ambas, caráter nacional. Isto quer dizer que são de observância obrigatória para todos os entes da federação (União, estados, DF e municípios) (ALEXANDRINO; PAULO, 2017, p. 727).

2.1 Conceito

Há uma grande variedade de definições da licitação pública, conforme cada autor, na doutrina pátria. Segundo Justen Filho (2016, p.546):

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Já Di Pietro (2019, p.755) define 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.

Para Carvalho Filho (2018, p.310), licitação é:

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

Para Mazza (2018, p.591), seguindo uma linha que engloba os conceitos dos demais doutrinadores citados, licitação é:

[...] o procedimento administrativo pelo qual entidades governamentais convocam interessados em fornecer bens ou serviços, assim como locar ou adquirir bens públicos, estabelecendo uma competição afim de celebrar contrato com quem oferecer a melhor proposta.

Portanto, licitação é um procedimento administrativo, de observância obrigatória pelas entidades governamentais, em que, observada a igualdade entre os participantes, deve ser selecionada a melhor proposta dentre as apresentadas pelos interessados, uma vez preenchidos os requisitos mínimos necessários ao bom cumprimento das obrigações a que eles se propõem. (ALEXANDRINO; PAULO, 2017, p. 686).

2.2 Finalidade

Segundo a redação original da Lei nº 8.666/93 (art. 3º), a licitação tinha duas finalidades fundamentais: buscar a melhor proposta, estimulando a competitividade entre os potenciais contratados, a fim de atingir o negócio mais vantajoso para a Administração; e oferecer iguais condições a todos que queiram contratar com a Administração, promovendo, em nome da isonomia, a possibilidade de participação no certame licitatório de quaisquer

interessados que preencham as condições previamente fixadas no instrumento convocatório. (MAZZA, 2018, p.538).

No entanto, com a promulgação da Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, surgiu um terceiro objetivo do procedimento licitatório: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Desta forma, o art. 3º da Lei Geral de Licitações passou a ter a seguinte redação:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com 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.

Saliente-se, por oportuno, que a doutrina majoritária considera, como será devidamente explorado à frente, que o supracitado artigo consagra, de um lado, as finalidades da licitação (“...destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável...”), e de outro, os princípios norteadores da licitação (“... e será processada e julgada em estrita conformidade com 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.”)

Destaca-se, sobretudo nos tempos atuais de tanto destaque para os assuntos pandemia, pós-pandemia e sustentabilidade, a importância do terceiro objetivo do procedimento licitatório, introduzido, como dito, com a promulgação da Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Para Alexandrino e Paulo (2017, p.691), o Brasil, seguindo políticas que já são adotadas em outros países, passa a poder utilizar o enorme peso econômico das compras governamentais como um instrumento teoricamente apto a promover o desenvolvimento nacional sustentável, fortalecendo empresas que deverão gerar emprego e aumento de renda no âmbito doméstico, bem como empresas voltadas para os setores de pesquisa e de criação de tecnologias nacionais.

E continuam os autores:

Trata-se de orientação impregnada de forte matiz ideológico, cuja eficácia suscita polêmica, não só do ponto de vista da teoria econômica, mas também quanto ao seu funcionamento na prática (aumentam muito as "brechas" para desvios e favorecimentos espúrios). De toda sorte, aqueles que a defendem - e propugnam a sua validade constitucional - asseveram estar contribuindo para tomar efetivo o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil insculpido no inciso II do art. 3.º da Carta Política de 1988: "garantir o desenvolvimento nacional". (ALEXANDRINO; PAULO, 2017, p.691).

Tem-se, portanto, que são as finalidades da licitação: a) garantir a observância do princípio constitucional da isonomia; b) a seleção da proposta mais vantajosa para a administração; e c) a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Em que pese a existência de diferenças na conceituação e definição de licitação por parte dos diversos autores, parece haver uma certa convergência, talvez pela própria maneira como a lei foi redigida, no que diz respeito aos objetivos e finalidades do procedimento licitatório.

Oliveira (2017, p.511), por exemplo, destaca que:

O art. 3.º da Lei 8.666/1993 elenca os objetivos da licitação, quais sejam: a) garantir a observância do princípio constitucional da isonomia; b) selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração; e c) promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Marçal Justen Filho (2016, p.548), por sua vez, antes de iniciar subtítulo próprio sobre os princípios norteadores da licitação, no tópico específico de conceituação leciona que a licitação também "é orientada a promover o desenvolvimento nacional sustentável, nos termos determinados pela redação dada pela Lei 12.349/2010 ao art. 3.º da Lei 8.666/1993."

Dando sequência, complementa o festejado autor, ainda sobre a mais recente finalidade do procedimento licitatório:

Isso significa consagrar uma função regulatória adicional para a licitação e a contratação administrativa. Não se trata apenas de obter a contratação econômica e tecnicamente mais vantajosa, mas também de aproveitar a oportunidade da contratação para fomentar o desenvolvimento nacional sustentável. A contratação administrativa passou a ser concebida como um instrumento para a realização de outros fins, além da promoção de compras, serviços e alienações. Por meio dos contratos administrativos, o Estado brasileiro intervém sobre diversos setores (econômicos, sociais, tecnológicos etc.). (JUSTEN FILHO, 2016, p.548)

Na mesma linha, Mazza (2018, p.590), cuja obra aqui utilizada como fonte de pesquisa se caracteriza pela presença de muitos quadros sinóticos, diagramas e esquemas, traz um quadro com as finalidades da licitação e outro, mais à frente, com os princípios licitatórios. Para o autor, são finalidades da licitação buscar a melhor proposta, estimulando a competitividade entre os licitantes; oferecer iguais condições aos interessados, em nome da isonomia; e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Concluindo, por conseguinte, licitação é procedimento administrativo de observância obrigatória pelas entidades governamentais, em que se deve selecionar a melhor proposta, desde que preenchidos os requisitos mínimos necessários e respeitada a isonomia. São as finalidades da licitação, portanto: a) garantir a observância do princípio constitucional da isonomia; b) a seleção da proposta mais vantajosa para a administração; e c) a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

3 PRINCÍPIOS DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Em que pese não haver uma uniformidade na doutrina no tocante aos princípios que regem os processos licitatórios, Alexandre e Deus (2018, p.819) bem destacam que o art. 3º da Lei 8.666/1993 informa que a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, e será processada e julgada de acordo com os seguintes princípios básicos: legalidade; impessoalidade; moralidade; igualdade; publicidade; probidade administrativa; vinculação ao instrumento convocatório; julgamento objetivo; além de outros princípios correlatos aos anteriores.

Ainda, segundo os supramencionados autores:

Como se observa, o elenco de princípios previsto na lei não é exaustivo, admitindo-se a aplicação de outros princípios que guardem relação com aqueles mencionados expressamente no texto legal. (ALEXANDRE; DEUS, 2018, p.820)

Apesar de o Art. 3º da Lei de Licitações citar alguns princípios norteadores da licitação- segundo Carvalho Filho (2018, p. 317), os chamados princípios básicos, Oliveira (2017, p.513) ressalta que licitação é processo administrativo e, como tal, está sujeita aos princípios constitucionais da Administração Pública.

A licitação, por ser um processo administrativo, pressupõe o atendimento dos princípios constitucionais, expressos e implícitos, aplicáveis à Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência etc.). Todavia, merece destaque o elenco de princípios específicos da licitação previstos no art. 3.º da Lei 8.666/1993, com destaque para os princípios da competitividade, da isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório, do procedimento formal e do julgamento objetivo. (OLIVEIRA, 2017, p.513)

Como bem destacaram Alexandre e Deus (2018, p.819), um aspecto interessante a ser mencionado é que “...a própria licitação se constitui em princípio a ser observado pela Administração, representando uma restrição à liberdade de escolha dos contratantes.”

Carvalho (2018, p.513), também salientando que os princípios norteadores da licitação pública não compõem rol taxativo, destaca:

Além dos princípios específicos, o procedimento licitatório deve observar os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, sejam os princípios expressos no art. 37 *caput*, e demais dispositivos da Constituição Federal, sejam aqueles implícitos no ordenamento jurídico. (CARVALHO, 2018, p.513)

Ou seja, embora o Art. 3º da Lei de Licitações traga relação de princípios aplicáveis às licitações públicas, o próprio texto legal explicita que há que se observar outros princípios correlatos aos expressos. É, pois, unânime na doutrina que tantos outros princípios podem e devem ser observados nos processos licitatórios.

Outrossim, decidiu-se neste trabalho, tão somente por uma questão de eleição e de exequibilidade, tratar dos princípios ditos específicos, ou seja, aqueles expressos na segunda parte do já citado Art. 3º da Lei 8.666/93. Todavia, aprofundar-se-á no importante princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Serão feitas, pois, breves considerações sobre os supracitados princípios específicos que regem as licitações.

3.1 Legalidade

O princípio da legalidade é expressamente previsto no artigo 37 *caput*, da Constituição Federal, que abre o Capítulo VII – Da Administração Pública; no art. 2º da Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo); e também no artigo 3º da Lei de Licitações. Pode-se dizer, portanto, que se trata de princípio basilar de toda a atividade administrativa.

Para Motta (2002, p. 102), “o princípio da legalidade é a pré-condição indispensável do Estado de Direito. Todos os artigos constitucionais, em última análise, velam por este princípio, (...)”.

Carvalho Filho (2018, p.317), sobre o princípio da legalidade no que concerne ao procedimento licitatório, leciona que:

Significa que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal; sua atuação tem que se cingir ao que a lei impõe. Essa limitação do administrador é que, em última instância, garante os indivíduos contra abusos de conduta e desvios de objetivos.

Segundo Mazza (2018, p.550), “os participantes da licitação têm direito público subjetivo à fiel observância do procedimento estabelecido em lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento.” Portanto, é a licitação um procedimento plenamente formal e vinculado (art. 4º da Lei n. 8.666/93).

3.2 Impessoalidade

O princípio da impessoalidade, a exemplo do da legalidade, é outro princípio previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e que também figura expressamente no artigo 37 *caput*, da Constituição Federal, que, conforme dito, abre o Capítulo VII – Da Administração Pública.

A festejada autora Di Pietro (2019, p.772), leciona sobre este princípio, ressaltando que:

[...] aparece, na licitação, intimamente ligado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo: todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório.

Resumindo, nos dizeres de Alexandre e Deus (2018, p.821), “a Administração deve dispensar o mesmo tratamento a todos aqueles administrados que estejam em uma mesma situação jurídica, sem quaisquer privilégios ou perseguições.”

Prosseguem os referidos autores:

Sob outro foco, mais especificamente ligado ao princípio do julgamento objetivo, todas as decisões administrativas tomadas no contexto de uma licitação devem observar os critérios objetivos previamente estabelecidos no edital do certame. Assim, mesmo que um determinado licitante apresente uma vantagem relevante para a consecução do objeto do contrato, esta não pode ser levada em consideração se não houver regra legal ou editalícia que a preveja como passível de interferir no julgamento das propostas. (ALEXANDRE; DEUS, 2018, p.821).

Percebe-se, portanto, que o princípio da impessoalidade tem profunda ligação com a finalidade da licitação de isonomia, pois não pode a Administração estabelecer preferências ou discriminações inconstitucionais com a melhor exegese do art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/1993.

3.3 Moralidade

O princípio da moralidade está expressamente previsto no artigo 37 *caput*, da Constituição Federal, assim como o da impessoalidade e o da legalidade. Não obstante, também se encontra consagrado no art. 2º da Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999) e no art. 3º da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993).

Para Carvalho Filho (2018, p.317), “o princípio da moralidade exige que o administrador se paute por conceitos éticos.” E prossegue o autor: “A moralidade está associada à legalidade: se uma conduta é imoral, deve ser invalidada.”

Em termos práticos, a moralidade, segundo Mazza (2018, p.550), “impõe à comissão de licitação e aos licitantes a obrigação de obedecer aos padrões éticos, de probidade, lealdade, decoro e boa-fé.”

Ainda sobre este princípio, didática e esclarecedora é a explicação da professora Maria Sylvia Zanella di Pietro:

A Lei nº 8.666/93 faz referência à **moralidade** e à **probidade**, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem (art. 37, § 4º). (DI PIETRO, 2019, p.773)

3.4 Igualdade

Ao discorrer sobre o princípio da igualdade, não se deve olvidar que sua índole é constitucional. Conforme assevera Carvalho Filho (2018, p. 318), “Ao tratar da obrigatoriedade da licitação, a Constituição, de forma expressa, assegurou no art. 37, XXI, que o procedimento deve assegurar “igualdade de condições a todos os concorrentes”.

Como bem observaram Alexandrino e Paulo (2017, p.693):

[...] o *caput* primevo do art. 3.º da Lei 8.666/ 1993 - dispositivo em que estão explicitados os mais importantes princípios pertinentes às licitações públicas - mencionava em destaque a exigência de observância da isonomia e, logo em seguida, afirmava categoricamente que a licitação deve ser processada e julgada em estrita conformidade, dentre outros, com o princípio da igualdade.

Ora, segundo Alexandrino e Paulo (2017, p.693), “isonomia e igualdade são vocábulos sinônimos, no contexto da lei em apreço, em que o evidente intuito é reforçar a vedação a discriminações injustificadas entre os concorrentes”.

3.5 Publicidade

A publicidade, outro princípio da Administração Pública de estatura constitucional, no que tange à licitação pública se refere tanto à divulgação do certame para o maior número possível de interessados, como também à publicidade desejável e necessária aos atos da Administração, até mesmo para acompanhamento e fiscalização pela sociedade.

Para Justen Filho (2016, p.552), este princípio “visa garantir a qualquer interessado as faculdades de participação e de fiscalização dos atos da licitação”.

Ainda segundo o autor:

A publicidade desempenha duas funções. Permite o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se, nesse aspecto, à universalidade da participação no processo licitatório. Depois, a publicidade propicia a verificação da regularidade dos atos praticados. (JUSTEN FILHO, 2016, p.552).

Segundo Alexandre e Deus (2018, p.831), decorre exatamente do princípio da publicidade o fato de que “qualquer cidadão pode acompanhar o desenvolvimento da licitação, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos (Lei 8.666/1993, art. 4º, *in fine*).”

3.6 Probidade administrativa

Intimamente ligado ao princípio da moralidade já tratado, ambos “os princípios transmitem a ideia de que a licitação deve ser pautada pela honestidade, boa-fé e ética, tanto por parte da Administração quanto por parte dos licitantes” (ALEXANDRE; DEUS, 2018, p.821)

Nesta mesma linha, Carvalho Filho (2018, p. 319), lecionando sobre o princípio da probidade, explica que:

A probidade tem o sentido de honestidade, boa-fé, moralidade por parte dos administradores. Na verdade, *“o exercício honrado, honesto, probo, da função pública leva à confiança que o cidadão comum deve ter em seus dirigentes”*.

Por fim, cabe lembrar que a Lei nº 8.429/1992 disciplina atos de improbidade administrativa. Os autores Alexandrino e Paulo (2017, p.709) destacam “que a Constituição, no § 4.º de seu art. 37, aplicável a toda a administração pública, estatui que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

3.7 Vinculação ao instrumento convocatório

Sobre este importante princípio, que é o objeto principal deste trabalho, discorrer-se-á com maior profundidade no próximo capítulo. Não obstante, à guisa de conhecimento, traz-se algumas considerações básicas a seu respeito.

O art. 3º da Lei das Licitações cita, expressamente, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação, cujo sentido foi esclarecido mais a frente, no mesmo diploma legal, pelo art. 41, que diz que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

Segundo Alexandre e Deus (2018, p.831), “o julgamento e a classificação das propostas deverão observar os critérios de avaliação constantes do edital, sendo vedadas estipulações negociais a esse respeito”.

Neste sentido, leciona Carvalho (2018, p. 444) que “o edital é a ‘lei’ interna da licitação, e deve definir tudo que o que for importante para o certame, vinculando os licitantes e a Administração Pública à sua observância.” Dito de outra forma, Carvalho prossegue afirmando que o instrumento convocatório estabelece normas que obrigam tanto os licitantes, bem como a própria Administração Pública.

3.8 Julgamento objetivo

Segundo o princípio do julgamento objetivo, o edital deve apontar claramente o critério de julgamento a ser adotado para determinar o licitante vencedor.

Conforme leciona Carvalho Filho (2018, p.320):

O princípio do julgamento objetivo é corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Consiste em que os critérios e fatores seletivos previstos no edital devem ser adotados inafastavelmente para o julgamento, evitando-se, assim, qualquer surpresa para os participantes da competição.

Na lição de Mazza (2018, p.549):

A análise de documentos e a avaliação das propostas devem se pautar por critérios objetivos predefinidos no instrumento convocatório, e não com base em elementos subjetivos. Segundo a doutrina, entretanto, a objetividade não é absoluta, na medida em que especialmente a verificação da qualificação técnica sempre envolve certo juízo subjetivo.

Segundo Carvalho (2018, p.445), “o art. 45 da Lei 8.666/93 define, como critérios possíveis a serem estipulados no edital, os de menor preço, maior lance, melhor técnica ou os critérios conjugados de técnica e preço.” Por isso mesmo, não se admite a utilização de outros ou mesmo a não utilização de critérios objetivos.

Complementando a ideia acima, expõe-se a lição de Alexandrino e Paulo (2017, p.654), segundo a qual “a noção de critério de julgamento vincula-se ao conceito de tipo de licitação, (...)”

Justen Filho (2004, p. 58) ensina que a finalidade da licitação de seleção da proposta mais vantajosa para a administração está intimamente relacionada ao julgamento objetivo, e segundo ele deve ser apurada. Conforme o autor,

O ato convocatório tem de conter critérios objetivos de julgamento que não se fundem nas preferências ou escolhas dos julgadores. O julgamento das propostas subordina-se obrigatoriamente àqueles critérios. (JUSTEN FILHO, 2004, p.58)

Concluindo este capítulo sobre os princípios básicos que norteiam as licitações públicas, constantes do artigo 3º caput da Lei 8.666/1993, não é demais ressaltar a enorme importância do citado artigo no estudo e interpretação da lei.

Para Justen Filho (2004, p.47), a importância dos princípios é tamanha que “esse artigo apresenta excepcional relevância, devendo-se reconhecer a ele um destaque superior aos demais dispositivos da Lei.”

Motta (2002, p. 101) pensa de forma análoga, quando destaca, referindo-se à Lei de Licitações e Contratos, que “seguramente o art. 3º é o dispositivo mais importante da Lei, pois conceitua o procedimento licitatório, reafirma parâmetros éticos e estabelece seu objetivo.” E prossegue o saudoso doutrinador:

[...] mais importante deste art. 3º, entretanto, é que a ética da licitação está nele traçada, mediante a explicitação dos princípios básicos mencionados no art. 37 da Carta Magna, que regem o processo e o procedimento. (MOTTA, 2002, p. 102)

No mesmo norte, complementando e reforçando, cabe trazer à baila os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

O art. 3º sintetiza o conteúdo da Lei, no âmbito da licitação. Os dispositivos restantes, acerca da licitação, desdobram os princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações. Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o artigo 3º. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre as diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º. (JUSTEN FILHO, 2004, p.48)

Por derradeiro, tem-se, desta forma, uma visão bastante abrangente e objetiva dos principais princípios que norteiam, ou que deveriam nortear, os processos licitatórios nas diversas esferas da Administração Pública no país.

4 IMPORTÂNCIA E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Tendo descrito brevemente os principais princípios que regem as licitações públicas, vamos passar a discorrer mais profundamente sobre o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

No item 2.1 Conceito, deste trabalho, observou-se que uma definição de licitação pública, na visão de Justen Filho (2016, p.546), dizia se tratar a licitação de “um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa [...]”.

No que concerne ao “ato administrativo prévio que determina critérios objetivos”, destaca o renomado autor que:

[...] procedimento licitatório é disciplinado pela lei, mas também por atos administrativos normativos. O ato convocatório da licitação define o objeto, estabelece pressupostos de participação e regras para julgamento. Usualmente, esse ato administrativo é denominado edital. (JUSTEN FILHO, 2016, p.546).

Portanto, neste primeiro momento, não seria prematuro concluirmos que tanto a lei como o edital precisam ser cumpridos de igual forma. Oliveira (2017, p.514) destaca que, sendo o instrumento convocatório (edital ou carta convite) a lei interna da licitação, deve ser respeitado tanto pelo Poder Público quanto pelos licitantes, sob pena de a não observância das regras fixadas no instrumento convocatório acarretar a ilegalidade do certame.

Corroborando a posição de Oliveira, há importante jurisprudência do STJ citada por Justen Filho (2016, p.547), a saber:

"[...] 2. Na salvaguarda do procedimento licitatório, exsurge o princípio da vinculação, previsto no art. 41 da Lei 8.666/1990, que tem como escopo vedar à administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sob essa ótica, o princípio da vinculação se traduz na regra de que o instrumento convocatório faz lei entre as partes, devendo ser observados os termos do edital até o encerramento do certame" (REsp 1.384.138/RJ, 2.^a T., rel. Humberto Martins, j. 15.08.2013, DJe 26.08.2013).

Outro aspecto bastante interessante levantado por Carvalho Filho (2018, p. 319), que assevera que “o princípio da vinculação tem extrema importância”, ressalta que é em

respeito a este princípio que se evita a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração.

Nesse sentido, Justen Filho (2016, p.547) colaciona outro importante excerto da Jurisprudência do STJ:

"Em resumo: o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria lei, a Administração Pública vincula-se 'estritamente' a ele" (REsp 421.946/DF, 1.ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. 07.02.2006, DJ 06.03.2006).

Na mesma linha de pensamento, Justen Filho (2016, p. 547) reforça e acrescenta:

Alude-se à vinculação ao edital para indicar o exaurimento da competência discricionária. Ao produzir e divulgar o ato convocatório, a Administração Pública exercita juízos de conveniência e oportunidade sobre o objeto a ser contratado, os requisitos de participação, os critérios de seleção do vencedor. Esses critérios objetivos constantes do ato convocatório devem ser observados ao longo do procedimento, com cunho vinculante para os particulares, mas também para a própria Administração (que adotou ditos critérios).

Em consonância com os aspectos defendidos até aqui, Di Pietro (2019, p.775) destaca que:

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

Carvalho Filho (2018, p. 319), em mais uma interessante lição sobre o assunto, destaca que:

[...] se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa. Se o instrumento de convocação, normalmente o edital, tiver falha, pode ser corrigido, desde que ainda oportunamente, mas os licitantes deverão ter conhecimento da alteração e a possibilidade de se amoldarem a ela. Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos. (CARVALHO FILHO, 2018, p.319).

Percebe-se, pois, ponto convergente entre todos os autores, no sentido da indispensabilidade de observância do edital. E mais, observância esta que se aplica igualmente a administrados e à Administração.

Tanto é assim que, para Di Pietro (2019, p.775), para quem o princípio da vinculação ao instrumento convocatório é essencial, sua inobservância enseja nulidade do procedimento.

E continua a autora:

Além de mencionado no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado no artigo 41, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. (DI PIETRO, 2019, p.775).

Vale a pena ressaltar que, para Alexandrino e Paulo (2017, p.707), “a vinculação da administração aos estritos termos do instrumento convocatório da licitação (edital ou carta-convite) deflui do *caput* do art. 41 da Lei 8.666/1993.” Também para os autores, este preceito veda à administração o descumprimento das normas e condições do edital, “ao qual se acha estritamente vinculada”. Salientam, ainda, que o parágrafo 1º do art. 41 da Lei das Licitações, assegura a qualquer cidadão o direito de impugnar o edital de licitação por motivo de ilegalidade.

Por oportuno, destaca-se que a doutrinadora Di Pietro (2019, p. 776) assevera que a inobservância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório tem como consequência lógica o descumprimento de outros importantes princípios, como o da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital.

Tendo explorado o assunto no que tange à importância de rigorosa observância do edital, se faz o seguinte questionamento: e se houver falhas no instrumento convocatório?

Quem responde é Motta (2002, p.113), para quem, mesmo em face dos parâmetros fixados na Lei 8.666/1993, o edital pode apresentar falhas e dar margem a dúvidas ou eventualidades. Para o autor, possíveis problemas com o edital ou carta-convite devem ser solucionados com base nos princípios e nos valores da Lei de Licitação.

E vai além o saudoso professor:

O direito subjetivo do licitante ao fiel cumprimento da Lei é garantido pelo seu art. 4º e implica dever ético de qualquer participante no certame denunciar, tempestivamente, o edital portador de incorreções e ilegalidades (art. 41). A denúncia deve ocorrer antes da abertura das propostas, (...) (MOTTA, 2002, p. 114)

Nesta mesma direção, Alexandrino e Paulo (2017, p.707), salientam, também, que o parágrafo 1º do art. 41 da Lei das Licitações, assegura a qualquer cidadão o direito de impugnar o edital de licitação por motivo de ilegalidade.

Por derradeiro, colaciona-se, pela importância do grande administrativista que foi Hely Lopes Meirelles, talvez o maior e mais reconhecido doutrinador deste ramo do Direito, aqui citado por Motta (2002, p.113):

[...] clássica é a afirmativa do professor Hely Lopes Meirelles: “O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação”.

Mazza (2018, p.548) explica a frase “o edital é a lei da licitação”, ao ressaltar que a Administração Pública e os participantes do certame, além de cumprirem as regras legais, não podem desatender às normas e condições presentes no instrumento convocatório (art. 41 da Lei n. 8.666/93).

Carvalho (2018, p. 445) concorda com a assertiva, mas faz a seguinte ressalva:

[...] Meirelles já dispunha que “o edital é a lei da licitação”. Tal assertiva é verdadeira, mas deve ser interpretada com muita cautela porque o edital não é lei. Em verdade, o edital é ato administrativo, submetido à lei, devendo ser formulado de acordo com as disposições legais. (CARVALHO, 2018, p. 445)

Concluindo, é sabido que na prática profissional daqueles que operam as licitações públicas, seja no lado da Administração, seja no dos administrados, surge toda sorte de casos e questionamentos administrativos. Os valores envolvidos muitas vezes são relevantes e o particular, fornecedor de bens e serviços, tende a interpretar o instrumento convocatório de maneira a tentar auferir alguma vantagem comercial, teoricamente lícita, por vezes recorrendo a interpretações equivocadas de artigo de lei em detrimento ao instrumento convocatório. É preciso, pois, lembrar que o instrumento convocatório é a lei interna da licitação e vincula ambas as partes, não cabendo sua inobservância sob pretextos diversos, como aquisição mais vantajosa para a Administração, por exemplo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encerrando este trabalho de conclusão de curso, foi possível verificar nas lições dos diversos doutrinadores do Direito Administrativo a posição coincidente e firme no sentido da defesa intransigente dos princípios que regem o procedimento licitatório, em especial do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Como bem colocou a doutrinadora Maria Sylvia Zanella di Pietro, em excerto já transcrito no capítulo 4, a inobservância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório não é apenas a negligência a um princípio estanque do procedimento licitatório, mas o descumprimento de importantes princípios, como o da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo, o que se traduz na descaracterização de todo o procedimento licitatório.

Indo além: é possível concluir que a inobservância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório configura-se em golpe fatal nos princípios correlatos da isonomia e da igualdade.

Fere de morte a própria razão de ser da licitação, finalidades originais insculpidas no texto original da Lei das Licitações, que é buscar a melhor proposta, estimulando a competitividade entre os potenciais contratados, afim de atingir o negócio mais vantajoso para a Administração; e oferecer iguais condições a todos que queiram contratar com a Administração, promovendo, em nome da isonomia, a possibilidade de participação no certame licitatório de quaisquer interessados que preencham as condições previamente fixadas no instrumento convocatório (MAZZA, 2018, p.538).

Desta forma, com a consciência de que assunto tão importante e denso não se esgotaria sequer em volumosa obra, espera-se ter dado, nestas breves páginas, humilde contribuição: o despertar, naqueles estudantes, estudiosos ou profissionais deste ramo do Direito, da curiosidade e da vontade de prosseguir em seus estudos.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 4. ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Atlas, 2017.
- CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 9. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Atlas, 2017.