

O CONVITE, UM ILUSTRE DESCONHECIDO

Sidney Bittencourt

1. Introdução

Dentre as diversas modalidades licitatórias, a denominada "convite" é, sem a menor dúvida, a mais utilizada.

Segundo levantamentos efetuados, nos anos de 1995, 1996 e 1997 ela alcançou cerca de 23% (vinte e três por cento) do total de recursos públicos gastos através de licitação. Esse percentual entre 1998 a 2000 certamente aumentou, devido ao criticável acréscimo ao valor-limite estabelecido pela Lei nº. 9.648/98, que quase o duplicou.

Em 2001 esse percentual certamente sofreu uma pequena queda devido a implementação da nova modalidade denominada "pregão" que, apesar de inovadora e inteligente, nasceu com a pecha da ilegalidade e inconstitucionalidade, em face dos já famosos erros de nossos "legisladores" do Poder Executivo, que teimam em buscar em suas MPs e Decretos os caminhos condenáveis da dúvida, da incerteza e da irregularidade, atraindo, com tal procedimento, dissabores facilmente evitáveis (tais como ações de inconstitucionalidades, críticas severas da doutrina etc) se, ao menos, como procedimento de cautela, buscassem ouvir especialistas no assunto antes da produção legiferante.

Não obstante, considerando a fase incipiente do pregão, onde os agentes públicos ainda hesitam por falta de conhecimento, é fácil perceber que o convite continua imperando nas licitações públicas, sendo adotado em percentual ainda bastante significativo.

Paradoxalmente, apesar do uso constante, verifica-se que ainda é muito parca a doutrina sobre o tema: livros não existem; artigos pouquíssimos; e quase nada quanto a decisões ou sentenças (ou seja, a jurisprudência ainda o ignora). Até mesmo aqueles autores que dedicaram linhas e linhas sobre licitações, quase não se detiveram quando abordaram o convite. Por fim, a própria lei pouco o sistematiza.

Por quê? A resposta parece fácil: convites são muito fáceis de serem feitos; todos já o fazem faz tempo, sendo desnecessário perder tempo com um assunto mais do que sabido; nada mais há a se falar de convites; os agentes públicos não possuem dúvidas sobre a modalidade.

Ledo engano! São nos convites que mais se erra. Levantamentos recentes demonstram irregularidades de toda a ordem nessa modalidade, não só nos procedimentos como nos termos dos instrumentos convocatórios. Isso sem contar com os cambalachos e falcaturas que, com a alteração imposta na Estatuto nos afastamentos licitatórios (através da Lei nº 9.648/98), migraram para os convites, onde a fiscalização é mais frouxa e o controle menor, devido não são ao "pequeno" valor que alcançam, como a "facilidade" e a "simplicidade" de sua execução.

Em nossas andanças já constatamos perplexos a utilização de "modelos" antigos, montados ainda com base no finado (e saudoso) Decreto-lei nº. 2.300/86, registrados em

páginas amareladas pelo tempo (ou em xerox já esmaecidas e foscas). Outras vezes - e não raro - as decisões das comissões de licitação ou do funcionário designado para conduzir os trabalhos (em organizações com número reduzido de funcionários) beiram ao absurdo, totalmente desprovidos de juridicidade e até de bom senso, mas que se perdem no limite da falta de controle já esposada (até porque, licitantes, normalmente de pequeno porte, não procuram, quando prejudicados, os caminhos da Justiça, por entenderem que o valor não vale à pena, além de temerem não serem mais "convidados" em outras competições).

2. Conceituação e divulgação

A lei conceitua o convite de maneira convincente no § 3º do art. 22: "É a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e os estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas".

Assim, confirmado está que o convite configura-se na modalidade de licitação mais simples, destinada às aquisições de pequeno valor.

Outro ponto importante a ser destacado diz respeito à divulgação, por intermédio da publicidade na imprensa oficial e nos jornais, do "aviso" do certame. O jurista Marçal Justen, apreciando o assunto, chega a concluir, considerando que anteriormente (antes da alteração imposta pela Lei nº 8.883), quando o acesso ao convite estava circunscrito aos licitantes relacionados, era inútil a publicidade, e que o panorama se alterou com a nova configuração, concluindo que a publicidade na imprensa oficial passou a ser obrigatória. Quanto a publicidade na imprensa comum, conclui que "não é proibido valer-se da imprensa como instrumento de divulgação". (1)

No livro Licitação "Passo a Passo" (4a. edição - Temas & Idéias Editora, 2002), expusemos nossa discordância, com a máxima vênia, quanto a posicionamento, mencionando e transcrevendo artigo de nossa lavra versando sobre a divulgação eletrônica de licitações: "No artigo que escrevemos sobre o SIDEC - Sistema de Divulgação Eletrônica de Licitações, adentramos a análise dessa matéria, concluindo de forma totalmente diversa, sustentando que há proibição da divulgação de avisos de convites em qualquer jornal, oficial ou não, como agora transcrevemos: Agora detectamos, em face de estudo encomendado por instituto interessado, uma imperfeição em outro sistema gerenciado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão: o Sistema de Divulgação Eletrônica de Licitações - SIDEC. Através desse sistema, na busca do máximo atendimento ao Princípio da Competitividade, determina-se ao Administrador Público Federal a publicação em Diário Oficial da União, em extrato, de todos os certames licitatórios, inclusive, para nossa perplexidade, dos convites. Dessa forma, além dos convidados (mínimo legal de três), permite-se a participação no certame de todos que venham a tomar conhecimento do certame e demonstrem interesse em atender ao pretendido pela Administração.

Muito desburocratizante! Extremamente ágil! Todavia, repleto de ilegalidade!

Deve o intérprete, para cada ramo do direito, utilizar regras adequadas de interpretação, ou seja, procurar, através das técnicas aplicáveis, determinar o alcance das expressões. Disposições de Direito Público não se interpretam do mesmo modo que as de Direito Privado e, em um e outro, preceitos variam conforme o ramo particular a que pertencerem as normas.

A interpretação do Direito Administrativo, ramo do direito público em que se enquadra o tema licitações, considera, necessariamente, os pressupostos da desigualdade jurídica em relação aos administrados, a presunção relativa de legitimidade e a utilização de alguns limitados poderes discricionários. Além de tais preliminares, fulcra-se em princípios basilares, preponderando o da legalidade (art. 37 CF), que significa que o agente público sujeita-se sempre em suas atividades ao mandamentos da lei, deles estando proibido de afastar-se, sob pena de invalidade do ato e de responsabilidade disciplinar, civil e criminal, dependendo do caso.

A eficácia de toda atividade do agente público está condicionada ao atendimento da lei. Hely Lopes Meirelles leciona que na Administração Pública não existe liberdade nem vontade pessoal, alertando que enquanto diferentemente da administração privada, onde é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, nela só é permitido fazer o que a lei autoriza, arrematando que, para o particular, a lei significa pode fazer assim enquanto para o agente público significa deve fazer assim.

Evidentemente, não deve o agente público cingir-se a cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto, devendo interpretar os mandamentos utilizando-se, principalmente, da chamada técnica teleológica, qual seja, buscando a finalidade da norma. Por outro lado, não se deve confundir normas e regras. Regras, quando bem estabelecidas e de texto incontestável (claro, preciso e de fácil entendimento) devem ser simplesmente cumpridas, não cabendo ao agente deturpá-las, dar a elas novo sentido ou aumentar-lhes a amplitude.

A finalidade, portanto, como se afigura, é pedra angular na interpretação do texto legal de Direito Administrativo. Rui Cirne Lima ensina que '... o fim, e não a vontade do administrador, domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito'.

Hely Lopes Meirelles, dissecando o tema, complementa que, no desempenho dos encargos administrativos, o agente do poder público não tem a liberdade de procurar outro objetivo, ou de dar fim diverso do prescrito em lei para a atividade.

Celso Bandeira de Mello, lembrando os alicerces que se fulcram no direito grego, esclarece que, além de não poder atuar, contra legem ou praeter legem, a Administração somente pode agir secundum legem. No mesmo sentido, Renato Alessi observa que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza. Da mesma forma, assevera o administrativista Benedicto de Tolosa Filho: 'os atos administrativos estão atrelados ao princípio da legalidade, isto é, a Administração Pública, através de seus agentes, somente pode realizar o que a lei expressamente autoriza, o poder discricionário

conferido à Administração Pública pode ser exercido apenas dentro da demarcação legal, isto é, a escolha do como e quando, fica restrita ao leque estabelecido pelo permissivo legal. Ao ultrapassar essa delimitação, a discricionariedade passa para o campo da arbitrariedade e, portanto, torna o ato ilegal'.

O tema "licitações" está contido no âmbito do direito administrativo, devendo, em consequência, ser interpretado à luz dos pressupostos elencados.

O convite é a modalidade de licitação utilizada para operações de pequeno valor, tendo, com base nessa finalidade, um procedimento único na lei de licitações, visando simplificação e agilidade.

A regra para divulgação do convite, totalmente definida na lei (envio das chamadas cartas-convites para convidados e afixação em quadro de avisos), além do reduzido prazo para divulgação, são fatores que buscam a abreviação do procedimento.

Além disso, procura também a lei uma forma menos onerosa para os cofres públicos, obrigando a divulgação tão-somente em quadro de avisos. É de se lembrar que a Lei 8.666/93 alargou a forma de divulgação dos convites, uma vez que a norma anterior (Decreto-Lei nº 2.300/86) impedia qualquer tipo de publicidade que não fosse somente a convocação direta através do envio da carta-convite.

Outra sinalização que evidencia a finalidade demonstrada está no prazo reduzido para elaboração das propostas, comparados com os das outras modalidades.

O art. 22, parágrafo 3º, da citada Lei no 8.666/93 é incisivo quanto à modalidade em análise, disciplinando que se trata de certame entre escolhidos pela unidade administrativa, que está obrigada a afixar, em local apropriado, cópia do instrumento, estendendo-o somente aos cadastrados que manifestarem seu interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas.

O convite é, pois, disputa entre interessados convidados e entre os que tomaram conhecimento do aviso apostado em local próprio e manifestaram o interesse.

Cogita a lei de procedimento rápido, ágil, simplificado e econômico, daí porque disciplinou a legislação, passo a passo, o procedimento do agente público quanto a modalidade, apartando-a das demais.

Assim, diante dos pressupostos para o atendimento de legislação específica de Direito Administrativo, notadamente quanto ao princípio da legalidade, que, refrisa-se, impede o administrador de agir além do que a lei o autoriza, verifica-se que a pretensão de publicar avisos de convites em jornais (oficiais ou não) está desamparada, uma vez que, sob o pretexto de atender o princípio da competitividade, estaria o agente público desatendendo a finalidade da norma, não agindo conforme regra totalmente definida na lei.

Benedicto de Tolosa leciona, comentando o fato, que 'nada justifica o excesso de publicidade para atos voltados para procedimentos licitatórios, pois, quase sempre com custos elevados ou, se não elevados, desnecessários, estariam sendo maculados os princípios da eficiência e da economicidade'. (1a)

Convém esclarecer que estamos tratando exclusivamente da publicação do "aviso do convite", não importando dizer com isso que também a divulgação da habilitação (se houver) ou da classificação dessa modalidade sejam realizadas da mesma maneira.

Ainda que haja certa incoerência, o legislador, pelos termos do estabelecido no art. 109, notadamente em seu § 6º impõe a publicação na imprensa oficial, não obstante o quase total desatendimento dessa determinação legal pela Administração, sem que órgãos de controle interno e externo apontem a irregularidade."

Em resumo, verifica-se que não é admissível a publicação de avisos de convites em jornais (oficiais ou privados), porque a modalidade é endereçada diretamente aos escolhidos por intermédio de uma comunicação direta (ofício, fax ou carta - por isso, chamada de "carta-convite"), estando estendida, entretanto, por obra dos novos termos legais esculpido, aos demais cadastrados na categoria do objeto licitado - pelo que é obrigatória a afixação do instrumento convocatório em quadro de avisos de fácil e permanente acesso -, que deverão manifestar o interesse em participar do certame em até 24 horas antes do horário preestabelecido para apresentação das propostas. (1b)

3. Mudanças em relação ao diploma anterior

Como esposado, principalmente por intermédio das Leis nºs 8.883/94 e 9.648/98, inseriu o legislador no Estatuto mudanças importantes no procedimento do convite.

A primeira, já comentada, diz respeito a participação no certame de não-convidados. Antes, sob a égide do Decreto-lei nº 2.300/86, só tinham permissão para participar aqueles previamente escolhidos pela Administração. A publicidade se resumia no envio do convite aos "selecionados". Dessa forma, o Poder Público podia excluir aqueles que não interessassem, o que, é claro, se constituía numa faca de dois gumes: o administrador probo possuía a faculdade de excluir os que, a seu ver, por fortes motivos, não reuniam condições para atender os anseios da Administração, mas, por outro lado, a faculdade permitia desmandos, armações, apadrinhamentos e propinas desenfreadas.

No texto da Lei nº 8.666 pesou a necessidade de proteger o dinheiro público dos administradores improbos, pelo que alterou-se sensivelmente a sistemática. Foi mantida a faculdade de escolha de possíveis interessados, sem que necessariamente estejam cadastrados (2), admitindo-se, como já enfocado, a participação de qualquer outro interessado, desde que devidamente cadastrado e que manifeste seu interesse no prazo de até 24 horas da apresentação das propostas.

Outra inovação ocorreu com a alteração imposta ao § 6º do art. 22, que passou a exigir que na praça onde haja mais de três possíveis interessados, a cada novo convite para objeto igual ou assemelhado, que se convide a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados são convidados nas últimas licitações instauradas.

O texto legal, como já informamos em livro sobre o assunto (3), foi acertadamente alterado, em face de imperfeição da redação original, que trazia enorme dificuldade de interpretação.

Estabelecia a redação anterior que, na hipótese do convite, "existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados", vedado estaria repetir o convite aos mesmos escolhidos na

licitação imediatamente anterior realizada para objeto idêntico ou semelhante. Após alguma reflexão, adotamos o entendimento de que o dispositivo não impedia a participação dos escolhidos em licitação anterior, mas sim demandava a necessidade de outros mais serem convidados, pois, agindo de outra forma, estaria a Administração ofendendo o Princípio da Igualdade.

Visando a sanar a falha, a MP nº 351/93 trouxe nova redação que continha ainda imperfeições. Finalmente, na MP nº 472/94, convertida na Lei nº 8.883/94, o texto recebeu versão final: existindo na praça de mais de três possíveis interessados, a cada novo convite para objeto idêntico ou assemelhado (o que induz a mesma obrigatoriedade tendo havido anulação, revogação ou simplesmente um novo certame), é obrigatório o convite a pelo menos mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações, o que importa dizer que, esgotado o chamamento de cadastrados para o ramo nas últimas licitações, ainda que existam mais de três possíveis interessados na praça, não há obrigatoriedade de alargar o rol de interessados, o que se afigura em total inconstitucionalidade, por macular preceito constitucional da igualdade. Ressalta-se que o conceito clássico da expressão "praça", em termos comerciais, tão bem delineado por Diogenes Gasparini, é determinável pela grandeza do valor do contrato que se pretende celebrar, resumindo-se, o convite, portanto, à localidade em que esta sendo realizado.

Surge então uma importante questão, apenas tangenciada por alguns estudiosos: a regra de ampliação do universo de competidores seria aplicável ilimitadamente? A resposta positiva atrairia o seguinte absurdo: um órgão situado em um grande centro urbano que continuamente instaure convites, se veria obrigado, em certo momento, a expedir centenas de convites, porquanto, a cada convite, acresceria um novo licitante ao elenco de convidados. Consequentemente, a resposta negativa à indagação se impõe, de vez que o dispositivo não determina que uma vez convidado, convidado compulsório se tornaria nos demais convites. A Administração tem o livre arbítrio, por exemplo, de convidar outros três, sem que, no caso, esteja obrigada a convidar outro ou outros mais (4).

Mais contundente é a opinião de Ivan Barbosa Rigolin, que considera insólito o texto deste §. 6º: "Deve restar claro, por fim, ainda quanto ao § 6.0, que a Administração não precisará crescer um novo convidado a cada certame, mas apenas, na hipótese da lei, substituir algum por outro novo; ou, de outra forma, em pouco tempo estaria obrigada alguma entidade a convidar cinquenta fornecedores para dado certame. Sabe-se, por outro lado, que os convidados pela Administração não devem ser escolhidos em lista telefônica: quem o faz ou nenhuma experiência tem ante o tema, ou é - permita-se-nos - um rematado preguiçoso. As entidades públicas em pouco tempo de experimentação aprendem com quais fornecedores deve lidar, porque a atendem bem, a preços razoáveis e de modo confiável, e quais deve evitar como o diabo à cruz" (5).

Insurge ressaltar que, apesar dos elogios merecidos referentes à nova regra legal, é de se criticar a condicionante referente ao cadastro (a regra determina a obrigatoriedade de convidar mais um licitante à existência de registro cadastral). Jorge Ulisses Jacoby carrega nas tintas ao criticar a condição: "Efetivamente, pretender coibir a aplicação da moralizadora regra do § 6º, do art. 22, pela simples ausência de um cadastro autorizando a administração a perpetuar convite a determinados grupos, merece ressalva quanto à regularidade, pois afronta o princípio da impessoalidade e da própria isonomia.

Se a Administração recorre a uma lista telefônica ou a um jornal classificado para extrair dali os seus três licitantes - pois, como será visto, não é prudente convidar só o número mínimo - ou mesmo, se é notório que existem mais de três fornecedores no local, é inadmissível que os órgãos de controle chancelem como regular esse procedimento. Argumentos como "eu sei que só esses são profissionais sérios... idôneos... que honram seus compromissos..." podem estar travestindo argumentos inconfessáveis e merecem maior verificação, especialmente no que se refere à razoabilidade dos preços. O TCU decidiu que mesmo que sejam convidados somente três, é preciso ampliar a competitividade (6).

Outra importante alteração - talvez a mais importante de todas - diz respeito a uma posição anterior tomada pelo Tribunal de Contas da União, interpretando o dispositivo quanto ao item "apresentação de propostas". Nessa interpretação - que não foi acompanhada por várias Cortes de Contas estaduais - posicionou-se o TCU pela obrigatoriedade, nos convites, de três propostas válidas (7) (e não de apenas três convidados).

Inteligentemente, buscou o legislador equalizar o problema, tendo inserido um parágrafo ao artigo 22 (§ 7º) que deu alento final à discussão, disciplinando duas condições na ocasionalidade de ocorrer a impossibilidade de obtenção do número mínimo de licitantes, ou seja, três, desobrigando a Administração a repetir o certame. Tais condições merecem uma análise mais pormenorizada, porquanto caracterizam situações distintas. A primeira, "limitação do mercado", caracteriza situação a ser verificada em data anterior à instauração da licitação. Assim, constatada a limitação de possíveis concorrentes na praça, não há como se convidar o número mínimo exigido pela lei. Convida-se apenas os dois existentes (havendo só um, há o afastamento de licitação). A segunda situação, "manifesto desinteresse dos convidados", já é fato que ocorre durante o certame. Entendemos que o manifesto desinteresse se dá com a simples ausência do convidado. Na verdade, a ausência, desde que comprovadamente tenha sido o mesmo convidado, demonstra o desinteresse com mais veemência que a hipótese de comunicação formal de desinteresse. Daí, supondo-se que, convidados três possíveis interessados, apenas dois tenham comparecido ao certame, deve a licitação continuar normalmente, cabendo à Administração apenas justificar o ocorrido no processo. O TCU, avaliando o tema, confirmou a desnecessidade de repetição do certame (Decisão nº 274/94 - TCU - Plenário - DOU 16/05/94, pág. 7.238).

Tem suscitado certa dúvida na doutrina a verdadeira acepção do "manifesto desinteresse do convidado". Alguns doutos diferentemente de nós, tem entendido que se faz necessária a manifestação formal, por escrito, desse desinteresse.(8) Entretanto, verifica-se que a doutrina majoritária entende que a melhor exegese é a de que o "manifesto desinteresse" caracteriza-se plenamente, e até de forma ainda mais marcante, quando o convidado - desde que do ramo, estabelecido, tecnicamente pronto para atender aos anseios da Administração -, simplesmente ignora o convite. A atenção em responder, é claro, facilita bastante os trabalhos, mais, certamente, deve ser entendida como um ato de gentileza, descaracterizando-se a situação jurídica que a lei dá contornos. Assim assevera, por exemplo, Ivan Barbosa Rigolin: "Quando a Administração convida três e comparece um, o desinteresse é manifesto, quando convida mais de três, e respondem apenas dois, parece-nos que também o desinteresse é manifesto". (9)

Também considerado de fundamental importância foi a modificação da forma de publicidade do convite. Já nos manifestamos sobre o assunto e agora nos alongamos.

Defendiam alguns, ainda à época do Decreto-lei nº 2.300/86, que a publicação de um "aviso de convite" na imprensa (oficial e/ou particular) motivaria a seqüência do processo de convite com menos de três propostas, pois estaria assegurado que o universo de possíveis interessados teria sido alcançado.(10) O TCU não aprovou tal prática, prescrevendo que não se pode prescindir, no convite, de três remessas.

Nossa posição vai além, conforme já dispusemos em artigo sobre o tema (e no livro antes mencionado), porquanto, a nosso ver, não há autorização legal para tal iniciativa.

4. A questão da fase de habilitação nos convites

Existe fase de habilitação quando a licitação for na modalidade convite?

Costuma-se afirmar - com certa razão - que no convite a habilitação é presumida, entendendo-se que a Administração só convida candidatos idôneos, que preenchem os requisitos habilitatórios.(11) Nessa prática, o convite cingir-se-ia à apresentação pura e simples da proposta de preços.

A literalidade do texto legal alicerça esse entendimento, de vez que o § 2º do art. 41, ao tratar sobre os prazos para impugnação do instrumento convocatório, prevê que "decairá do direito de impugnar... o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação de concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso ...". Assim, tudo leva a crer que só na concorrência é que existe a fase de habilitação.

Também o § 1º do art. 32 leva o aplicador da lei a entender dessa maneira, porquanto autoriza a dispensa, no todo ou em parte, a documentação exigida para a habilitação.

Não obstante, apesar das aparentes evidências, é cediço, como se demonstrará, que existem documentos que a Administração jamais poderá deixar de avaliar para que considere o licitante regular para vir a ser contratado.

Ao apreciarmos o parágrafo 1º do art. 32, em nosso Licitação Passo a Passo, alertamos que o intérprete deve encarar o dispositivo com bastante cautela: "Quando a lei disciplina a possibilidade de dispensa 'no todo ou em parte' não faculta em todas as hipóteses a não-solicitação de demonstração de requisitos obrigatórios em habilitação. 'A prova de habilitação jurídica nunca poderá ser dispensada. Logo e no mínimo, esse requisito nunca poderá ser dispensado, mesmo porque se não estiver presente sequer será válida a proposta apresentada' (Marçal Justen Filho, ob. cit, pag. 186), sendo importante lembrar que a não-exigência de documento que prove regularidade perante a seguridade social é ato que viola a Constituição Federal, uma vez que a mesma não faz nenhuma distinção quando proíbe o Poder Público de contratar pessoa jurídica em débito com a Previdência Social (art. 195, § 3º)".

É através da habilitação jurídica que se avalia se o licitante está apto para ser contratado. Ulisses Jacoby alerta: "Não faria sentido que a Administração negociasse e viesse a

firmar contrato com pessoa jurídica inexistente ou com menores de idade considerados incapazes" (12).

5. A questão do edital nos convites

O convite se constitui por intermédio de edital?

Diríamos que não e que sim, por mais paradoxal e absurda que possa parecer esta resposta.

O texto legal, em certos momentos, conduz o intérprete a concluir que sim. O § 2º do art. 91, já transcrito, por exemplo, leva a esse entendimento quando prescreve que "Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação ... o licitante que não o fizer até ... a abertura dos envelopes com as propostas em convites ..." (grifamos).

Ora, se a lei indica, no caso de convites, a impugnação do "edital", é porque convite tem edital! Certo? Talvez!

Compulsando-se com cuidado toda a legislação, é de se constatar que, apesar dos atropelos e cochilos - a Lei nº 8.666 é uma verdadeira colcha de retalhos - sinais claros estão consignados no sentido de inexistir edital, nos moldes designados no art. 40 (13), quando a licitação é o convite.

O inciso I do art. 38 assim evidencia, tratando dos documentos a serem juntados para a formação do processo de licitação (14): "I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso".

Também o art. 44, caput, é indicativo: "Art. 44 - no julgamento das propostas, a comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite...".

Ocorre informar, portanto, que o legislador do Estatuto atendeu a uma forte posição doutrinária, que dispunha pela diferença no instrumento convocatório entre o convite e as demais modalidades, de modo que este, mais singelo, simples e direto, atendesse a finalidade de sua existência, qual seja a de permitir mais agilidade a Administração nas contratações mais baratas, afastamento formalidades desnecessárias. Por esse motivo é que, não raro, formula-se o convite através de um formulário padrão, cabendo ao licitante apenas preencher espaços destinados a informações fundamentais e, logicamente, seu preço. É o que aduz Rigolin, traduzindo, com simplicidade, o que defendemos: "... geralmente são impressos pelas entidades, devendo o convidado apenas preencher os claros para devolvê-los (pessoalmente ou pelo correio). (15)

Quando, entretanto, ao início deste capítulo informamos que no convite havia e não havia edital, queríamos informar que, em diversas ocasiões, até mesmo no padrão impresso (o tal modelo), o convite aflora através de uma espécie de um mini-edital, onde são elencadas regras imprescindíveis (sanções, prazos, garantias, etc).

1 - "Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 7ª. Ed., Ed. Dialética, pág. 187.

1a - Artigo "Revogação da Lei de Gravidade", publicado parcialmente no Jornal Estado de São Paulo, e na íntegra em nosso "Questões Polemicas sobre licitações e contratos administrativos", 2ª. Ed., Temas & Idéias Editora.

1b - Manifestação considerada desprovida por parte da doutrina, como, por exemplo, Eurico de A. Azevedo e Célia Marise Prendes, atualizadores do livro de Hely Lopes Meirelles, "Licitação e Contrato Administrativo", uma vez que, tomando conhecimento do mesmo, pode o interessado apresentar desde logo a sua proposta, desde que esteja cadastrado (11ª. Ed., Malheiros, pág. 84).

2 - Procedimento que a IN nº 05 do antigo MARE (que criou o SICAF) atropelou, determinando que, em qualquer modalidade, há a obrigatoriedade do cadastramento.

3 - "Licitação Passo a Passo", 4ª ed., Temas & Idéias Editora, pág. 56, 2.002.

4 - Nesse diapasão, Marçal Justen Filho, "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 7ª. ed., Dialética, págs. 204 e 205.

5 - "Manual Prático das Licitações", Saraiva, pág. 161.

6 - "Comentando as Licitações Públicas - Série Grandes Nomes - Vol. nº. 2", pág. 118, Temas & Idéias Editora.

7 - TC 024.572/90 (DOU de 09/08/91, pág. 13.339).

8 - Corrente capitaneada por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes que entende que o manifesto desinteresse "caracteriza-se quando presente algo mais do que o simples silêncio" (ob. Cit. pág. 121).

9 - Ob. cit, pág. 161.

10 - Carlos Pinto Coelho Motta e Toshio Mukai eram partidários dessa tese.

11 - Essa é a opinião de Marcos Juruena Vilella Souto ("Licitações & Contratos Administrativos - Comentários", 2ª. ed., Adcoas, pág. 114).

12 - Ob. cit. pág. 11.

13 - O art. 40 define passo a passo como se constitui um edital de licitação.

14 - Que erroneamente, neste dispositivo, chama de "procedimento da licitação".

15 - Ob.cit. pág. 162.