

A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NO PROCESSO LICITATÓRIO NA MODALIDADE CONVITE

*Luciana Cardoso Marra**

Resumo: *O presente trabalho foi elaborado a partir de pesquisa bibliográfica com base histórico-contemporânea, utilizando método dedutivo, objetivando analisar a aplicação do princípio da publicidade na Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, Lei nº 8.666/93, em especial na modalidade convite. Sendo a publicidade norma a ser seguida pela Administração Pública por exigência expressa do art. 37, caput, da Constituição Federal, bem como de maneira implícita do art. 5, XXXIII, faz-se premente a realização de uma análise crítica sobre a limitação do princípio em relevo estabelecido para o convite, posto contrariar a sistemática constitucional. O estudo do tema ganha importância em virtude da exigência do Estado Democrático de Direito pela transparência na gestão administrativa e participação popular. Assim, irá se demonstrar que no presente estágio de evolução jurídica, no qual se chama o cidadão para participar da Administração ao mesmo tempo que se lhe oferece o poder de fiscalização e controle dos atos administrativos, a restrição ao princípio da publicidade torna-se irreconciliável com o Estado de Direito, por constituir uma burla ao referido princípio constitucional.*

Palavras-chave: *Licitação. Princípio da publicidade. Convite.*

Abstract: *The present essay was elaborated founded in bibliographic research with contemporaneous-history basis, applying the deductive method, intending to analyse the application of the publicity principle in the Brazilian Auction and Public Administration Contracts Law, the 8.666/93 Law, especially the invitation modality. Like the*

* Advogada militante na cidade de Uberlândia/MG, graduada pela Universidade Federal de Uberlândia/MG. E-mail: luciana.cardoso.marra@gmail.com.br

publicity is the rule to be followed by Public Administration in due to the manifested exigency of the article 37, caput, of the Federal Constitution, and of the implicit imposture of the article 5, XXXIII, doing a critical analysis of this principle limitation, established by the invitation modality, is exigent, though it antagonizes the constitutional systematic. The study of this subject earns importance because of the Democratic Law State exigency for the transparency in the administrative management and folk participation. Therefore, it will be demonstrated that in the present period of juridical evolution, when the citizen is called to participate of the Administration while is also offered to him the power to fiscalize and control the administrative acts, the restriction of the publicity principle becomes irreconcilable with the Law State, because it constitutes a cheat to the mentioned constitutional principle.

Keywords: Auction. Publicity principle. Invitation.

A Administração Pública, ao gerir a coisa pública, ao desempenhar a função de gestão dos interesses públicos encontra-se jungida ao cumprimento de um regime jurídico qualificado pela indisponibilidade e supremacia do interesse público. Referido regime jurídico administrativo vem marcado por uma série de princípios norteadores que buscam a concretização da boa administração dos interesses públicos.

O administrador público, ao gerir a coisa pública, está representando os interesses de toda sociedade, uma vez que todo poder emana do povo e em seu nome será exercido (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal), devendo sempre se pautar pelo fiel cumprimento do ordenamento jurídico. Assim, para se garantir a transparência na gestão administrativa, a Constituição Federal elegeu cinco princípios basilares para a Administração Pública orientar seu agir, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse mesmo viés, a Carta Magna estabeleceu como regra para toda Administração Pública direta e indireta a necessidade da realização de processo licitatório para suas obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI, CF).

O administrador público encontra-se adstrito ao processo licitatório no afã de se cumprir com maior efetividade as necessidades da Administração Pública, sem oferecer espaço para favoritismos, tráfico de influência e demais práticas que devem ser combatidas na gestão pública.

Por meio do processo licitatório, busca-se não apenas a proposta mais vantajosa para a Administração Pública ou se atender o princípio da isonomia, mas se procura reforçar o controle nos atos da Administração Pública, principalmente através da publicidade dos atos administrativos. Pois, é a partir da publicidade que os cidadãos, verdadeiros titulares da coisa pública, podem acompanhar o desenrolar dos atos administrativos licitatórios, bem como exercer o controle sobre eles.

Nesse sentido, faz-se premente um estudo sobre o princípio da publicidade no processo licitatório, em especial na modalidade convite (art. 22, III da Lei nº 8.666/93), uma vez que o mesmo apresenta uma restrição injustificável ao referido princípio, como poderá se observar mais adiante.

Princípios informativos do processo licitatório

Antes, de se imiscuir no tema central do presente trabalho, faz-se necessário abordar os princípios gerais norteadores da licitação ora veiculados pela lei licitatória. A Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Lei nº 8.666/93, que regulamenta o art. 37, XXI da Constituição Federal, foi elaborada com espeque nos princípios da isonomia e para se alcançar a proposta mais vantajosa para a Administração para suas obras, vendas e compras, tendo sido eleitos como princípios norteadores, não se excluindo outros decorrentes do regime, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo (art. 3º, *caput*, Lei nº 8.666/93).

Pelo princípio da legalidade, decorre que a Administração Pública encontra-se jungida aos ditames da lei. O princípio da impessoalidade, decorrente do princípio da isonomia, exige que a Administração Pública mantenha um tratamento imparcial e neutro, afastando qualquer tipo de favoritismo.

Do princípio da moralidade decorre a idéia de que o administrador público deve se orientar pelos padrões éticos, marcados por uma postura honesta, correta em seu agir¹. O princípio da publicidade exige que os atos administrativos devam ser públicos para se assegurar a devida transparência ao agir do Poder Público.

O princípio da probidade administrativa, como bem lembrado pelo doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo, vem em reforço ao princípio da moralidade administrativa, impondo à Administração licitante um agir conforme as exigências da moralidade².

Pelo penúltimo princípio, da vinculação ao instrumento convocatório, se deduz que a Administração Pública deve observar as regras pré-estabelecidas para a licitação. Pelo último princípio, do julgamento objetivo, tem-se que a Administração deve se pautar por regras objetivas para a escolha da melhor proposta, afastando assim subjetivismos tendenciosos.

O sistema criado pela conjugação dos princípios trazidos a lume, somado aos outros princípios pertinentes à matéria, buscam a conformação da Administração Pública às regras de direito que procuram afastar o Poder Público de subjetivismos e favoritismos. Assim, urge aprofundar o estudo no princípio da publicidade no processo licitatório para se procurar as razões da limitação sofridas pelo referido princípio na modalidade convite.

O princípio da publicidade na Lei nº 8.666/93

O princípio da publicidade positivado pela Carta Magna no caput do artigo 37, como norteador da Administração Pública foi eleito expressamente como princípio vetorial do processo licitatório no caput do artigo 3º da Lei nº 8.666/93.

Celso Antônio Bandeira de Melo ensina que o princípio da publicidade vem em decorrência da necessidade de transparência nos atos da Administração Pública, como exigência inderrogável da democracia e do Estado Democrático

¹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 488.

² Idem, p. 488.

de Direito, pelo qual se reconhece que o Poder emana do povo e em seu nome é exercido (art. 1º, parágrafo único, CF), uma vez que seria inadmissível sigilo que afastaria o cidadão de exercer seu direito de fiscalização sobre a Administração Pública. Traz ainda que o princípio da publicidade pode ser encontrado em manifestações do direito de informação previsto no art. 5º, XXXIII da Constituição da República, que em sua parte final dispõe que o sigilo é uma exceção, devendo existir apenas naquelas situações em que for indispensável para a manutenção da segurança nacional³.

Dessarte, pode-se inferir que a publicidade dos atos administrativos deve ser ampla, constituindo a regra, podendo sofrer restrição tão somente quando a segurança nacional assim o exigir.

O doutrinador Mauro Roberto Gomes de Matos defende a essencialidade do princípio em relevo, como se pode observar no pequeno excerto:

A publicidade, portanto, passou a ser um dos elementos essenciais dos atos administrativos, tendo o condão de atribuir eficácia perante terceiros, além de manter o controle público pela comunidade.

Como visto, foi no Brasil que o princípio da publicidade mereceu acolhida constitucional, sendo princípio assente no caput do art. 37, exatamente para permitir que a sociedade fiscalize a transparência e retidão dos atos públicos.

Assim, transformou-se o princípio da publicidade como norma fundamental do procedimento moderno, oposto ao segredo inquisitorial que estabelece como suprema garantia da sociedade em geral, de averiguação da razoabilidade dos atos administrativos praticados⁴.

Nesse sentido, é incongruente a lei licitatória no que diz respeito à modalidade convite, ao estabelecer a desnecessidade de publicidade veiculada por órgão oficial, contentando-se com a afixação da carta-convite no mural do órgão licitante, conforme o art. 22, §3º da Lei nº 8.666/93.

³ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 104-105.

⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Licitação e seus Princípios na Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 48.

A referida previsão legal caracteriza flagrante ofensa ao princípio constitucional da publicidade, ao restringir os meios de acesso do conhecimento do convite-edital. Ao mesmo tempo, cria a oportunidade para o favoritismo, pois a Administração Pública escolhe de antemão apenas alguns entre os cadastrados, no mínimo três, para participarem do procedimento licitatório, e os demais cadastrados, se quiserem participar, devem manifestar seu interesse em fazer parte do certame com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas. O problema surge na dificuldade desses possíveis licitantes terem conhecimento da realização do procedimento de licitação.

A simples afixação do convite no mural não atende à exigência do princípio da publicidade, que exige a ampla divulgação dos atos administrativos para se demonstrar a transparência da gestão administrativa, ao mesmo tempo que proporciona a possibilidade de fiscalização e controle por parte da sociedade.

A presente restrição ao princípio da publicidade é irreconciliável com a sistemática constitucional que impõe ao administrador público o dever de obediência à lei e aos princípios da boa administração, todos eles convergentes para a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Neste diapasão, não se coaduna a manutenção de uma situação que promove o segredo, principalmente a partir de uma restrição ao princípio constitucional da publicidade, que se encontra burlado por meio de uma publicidade dissimulada, podendo haver aí inconstitucionalidade que deve se combatida e eliminada do ordenamento jurídico brasileiro.

Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um regime jurídico para a Administração Pública objetivando conformá-la com as diretrizes de um Estado Democrático de Direito. Para tanto, estabeleceu regras e princípios para a Administração se submeter para estar coerente com o regime democrático que exige a participação popular.

Nesse sentido, é por meio da publicidade dos atos administrativos que se proporciona a possibilidade de os cidadãos participarem da gestão administrativa,

fiscalizando e exercendo o controle sobre eles.

Dessa forma, a Constituição da República conferiu ao princípio da publicidade status constitucional ao inseri-la no caput do art. 37, considerando-o princípio vetorial da Administração Pública, como forma de se efetivar o dever de transparência na gestão pública, colocando todo o agir da Administração à lume ao acesso de qualquer cidadão. Ao mesmo tempo, A Carta Magna ao trazer o direito à informação no art. 5º, XXXIII, estabeleceu que o acesso é amplo e irrestrito, salvo apenas nos casos necessários à proteção da segurança nacional.

Destarte, é incompreensível a limitação ao princípio da publicidade estabelecido pela lei licitatória, no que tange a modalidade convite, ao simplificar o processo de modo a dispensar a publicação em diário oficial, exigindo tão somente a afixação da carta-convite no mural do órgão licitante. Referida restrição constitui flagrante ofensa ao princípio da publicidade, que exige a ampla divulgação dos atos administrativos, ofendendo o próprio objetivo da licitação, que é a busca de uma proposta mais vantajosa entre aqueles interessados e devidamente capacitados para assumir a empreitada, atendendo ao mesmo tempo ao princípio da isonomia, ao proporcionar a possibilidade de todos os interessados participarem do certame.

Afinal, como se alcançará esses possíveis interessados se não existe a publicação oficial do edital, existindo apenas a afixação da carta-convite no mural da administração? Carta essa que pode ser arrancada por qualquer pessoa, ou que simplesmente pela impossibilidade de todos os interessados passarem regularmente nos prédios dos órgãos públicos em busca de possíveis editais.

Diante disso, pode-se inferir que a publicidade existente na modalidade convite abre as portas ao subjetivismo, favoritismo e corrupção. Na medida em que o administrador público pode convidar apenas as empresas cadastradas que lhe convier, ou aquelas que em sua opinião são mais adequadas ou capacitadas, ou ainda que possam ter oferecido alguma vantagem para ele em uma possível contratação.

Por tudo isso, observa-se que a restrição ao princípio da publicidade na modalidade convite não se coaduna com o presente modelo constitucional que

repudia o segredo, e que busca a concretização do Estado Democrático de Direito, que exige a participação popular no Poder Público, seja através dos meios de fiscalização e controle, seja por meio de negócios e participações do particular no meio administrativo. Assim, a forma configurada da publicidade no convite constitui verdadeira inconstitucionalidade que deve ser combatida do ordenamento jurídico e reestruturada de modo a se adequar às exigências estabelecidas pela Constituição da República.

Referências

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Licitação e seus Princípios na Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 6. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2004.