

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Marília Mendonça Morais Sant'Anna

**Aplicabilidade do Princípio da Publicidade nas Licitações
Públicas**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2008

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Marília Mendonça Moraes Sant'Anna

**Aplicabilidade do Princípio da Publicidade nas Licitações
Públicas**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito sob a orientação do Prof. Doutor Luiz Alberto David Araújo

**SÃO PAULO
2008**

Banca Examinadora

Dedico esta dissertação aos meus inesquecíveis pais Ghislaine e José Morais.

AGRADECIMENTOS

A DEUS que, com sua bondade infinita, segura sempre na minha mão e me guia.

À minha querida e amada mãe que, mesmo distante há bastante tempo – saudades - me deu de uma forma linda, doce e serena, o amor mais puro e incondicional que existe: amor materno.

Ao meu pai que, durante toda a sua existência na terra, se esforçou para que eu conseguisse, sempre, atingir meus objetivos, apoiando, aconselhando, criticando e que, acima de tudo, me ensinou a ver a vida de um jeito melhor.

À presença serena e constante do meu irmão Normando que, embora distante fisicamente, continua dentro do meu coração e me ensinou a querer sempre mais. Sinto sua falta.

Aos meus filhos lindos e maravilhosos Leonardo, Gabriela e Isadora que embora ainda crianças, entenderam, cada um de sua maneira, as minhas ausências, o meu nervosismo e a minha desatenção. Vocês são a razão da minha vida.

Ao meu amor, Silvio, que, há 15 anos, cuida dessa menina mimada, me apoiando nos meus desejos mais inusitados. Te amo!

Aos meus irmãos, Mayra e Luciano, pelo incentivo constante. Aos meus sobrinhos, Luciana, Renata, Daniel e Ghislaine que também contribuíram para a concretização desse sonho.

Às minhas amigas Maria Lúcia e Silvia Patrícia e às minhas cunhadas, Vera, Joselita, Silvinha, Tita e Sandra, pela dedicação nos momentos difíceis.

Às minhas funcionárias, Cleide e Valda, por cuidarem, com muito carinho, dos meus filhos.

Ao meu orientador Professor Doutor Luiz Alberto David Araújo, por ter me concedido o privilégio de ser sua orientanda e por ter tido muita paciência com essa sergipana.

À Professora MSc. Valdice Barbosa de Queiroz que, com muita paciência, revisou esse trabalho.

E a todos os meus familiares, amigos, vizinhos que fazem com que eu valorize cada vez mais a verdadeira amizade, o respeito e a solidariedade.

Quando estamos sós então descobrimos que nossa vida não é simples
propriedade a ser defendida com grades de ferro, mas sim um dom a
ser repartido com os outros.

Fernando Jório

RESUMO

É indiscutível a importância do fundamento e explicação, na própria ideia de Administração Pública, do princípio da publicidade que figura ao lado de outros como os da legalidade, moralidade e impessoalidade, conforme disposto no art. 37 da Constituição Federal de 1988, todos princípios constitucionais norteadores da ação administrativa. Em face da pluralidade de conceitos e concepções do termo publicidade, inicia-se por defini-lo e delimitá-lo, para tanto, utiliza-se, como base de apoio, a comparação em face de outros institutos, como o da propaganda, da notificação e da comunicação. Diante disto a questão do estudo foi: ante a existência do Princípio Constitucional da Publicidade como se dá a sua aplicabilidade nos processos licitatórios? Tendo como objetivo geral o de mostrar exatamente a importância da aplicação deste princípio nas licitações, desde o ato convocatório até a sua finalização e o quanto é fundamental num Estado Democrático de Direito. O método de abordagem foi o dedutivo e a técnica utilizada foi à pesquisa indireta documental: jurisprudência e bibliográfica e doutrinária. Constitui, pois, a publicidade, chave-mestra na luta pela visibilidade das ações da Administração Pública. Nesse sentido, associando-se a outros princípios constitucionais, como o da moralidade, legalidade e impessoalidade, o princípio da publicidade impõe normas de condutas administrativas, às quais estão sujeitos todos os agentes que falam e decidem em nome do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Administração pública, princípio, publicidade.

ABSTRACT

It is the importance of the plea and explanation, the very idea of public administration, the principle of advertising that appears next to the other as the legality, morality and impersonality, as provided for in art. 37 of the Federal Constitution of 1988, all constitutional Guiding principles of administrative action. Given the multiplicity of concepts and conceptions of the term advertising, it is initiated by defining it and delimit it, and therefore uses, as a support, the comparison in the face of other institutions, such as propaganda, notification and communication. Given that the question of the study was: if the existence of the Constitutional Principle of Advertising as its applicability gives us licitatórios processes? Taking as general objective of the show exactly the importance of applying this principle in the bidding, since the act convocatório to its finalization and how is key in a Democratic State of Law. The method of approach was the deductive and the technique was used to search indirect documentary: law and literature and teaching. It, therefore, advertising, pass key in the fight for visibility of the shares of Public Administration. In that sense, linking itself to other constitutional principles, such as morality, legality and impersonality, the principle of publicity imposes administrative standards of conduct, which are subject all players who Speak and decide on behalf of the state.

KEY WORDS: government, principle, advertising,

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	14
2.1 Introdução	14
2.2 Conceito de Princípio	15
2.3 Princípios constitucionais	20
2.4 Classificação dos Princípios Constitucionais	22
2.4.1 Princípios constitucionais fundamentais	23
2.4.2 Princípios constitucionais gerais.....	24
3 O PRINCÍPIO REPUBLICANO COMO GARANTIDOR DA PUBLICIDADE	31
3.1 Breve Histórico.....	31
3.2 Princípio Constitucional Republicano.....	33
4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	38
4.1 Abrangência do Termo Publicidade – Delimitações Necessárias	38
4.1.1 Publicidade e propaganda.....	38
4.1.2 Publicidade e notificação.....	40
4.1.3 Publicidade e comunicação	41
4.2 Publicidade – Princípio da Transparência Administrativa.....	42
4.2.1 O princípio da publicidade e a atuação administrativa.....	47
4.2.2 Segredo/publicidade no atuar da administração pública.....	48
5 PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E NO PROCESSO DE LICITAÇÃO	50
5.1 Noção Sobre Atos de Administração	50
5.2 Publicidade dos Atos Administrativos.....	53
5.3 Publicidade nas Licitações.....	55
5.4. O Princípio da Publicidade na Lei Federal n.º 8.666/93.....	57
5.4.1 A pré qualificação.....	58
5.4.2 A publicidade dos editais da concorrência	60
5.4.3 Prazos das publicações dos editais das concorrências	62
6 PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E NO PROCESSO DE LICITAÇÃO	66

6.1 Breve Histórico.....	68
6.2 Fases do Procedimento	73
6.3 As Licitações no Ordenamento Jurídico.....	75
6.4 Os Princípios Jurídicos Incidentes nas Licitações; a Força Normativa; a Idéia de Legalidade Ampla: A Constituição Federal e a Lei nº 8.666/93.....	78
7 EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	105
7.1 Segurança Jurídica.....	109
7.2 A não aplicabilidade do princípio da Publicidade e exceções previstas no ordenamento jurídico.....	114
7.2.1 Dificuldade de se aplicar o Princípio da Publicidade nas licitações públicas	115
7.2.2 Segurança Nacional – necessária delimitação da expressão, em face da sua má utilização pelo Poder Público.....	118
8 CONCLUSÃO	124
REFERÊNCIAS	127

1 INTRODUÇÃO

A afirmação do Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988 alterou as relações entre a Administração Pública e os administrados. A busca e a definição do interesse público não são mais privilégios exclusivos da Administração. O cidadão quer que todos os atos administrativos cheguem ao seu conhecimento, deseja acompanhar a atuação dos órgãos e entidades administrativas.

Que informação é esta que se constitui em um direito coletivo? Pode-se considerar atendido o princípio da publicidade com a veiculação de informações forjadas pelo Poder Público?

A efetiva participação do povo na tomada de decisões administrativas permite um maior grau de correspondência entre as demandas sociais e as ações administrativas. Para tanto, é indispensável à maximização da publicidade, incrementando os níveis de conhecimento e fiscalização, ressalvadas determinadas matérias segundo exceções previstas na Constituição.

O perfil mais ativo do indivíduo, o resgate da cidadania e a restauração da confiança na Administração Pública são fatores significativos para uma reflexão do princípio da publicidade.

A publicidade administrativa é um princípio constitucional decorrente do Princípio Republicano e garantidor do cumprimento e fiscalização, pelos administrados, dos demais princípios constitucionais. Consiste não só na informação ao povo do que a Administração executa, planeja ou realiza, mas também na explicação do porquê assim atua e na avaliação do grau de influência do próprio povo no processo de tomada de decisão.

Tal princípio, anteriormente à vigência da atual Carta Constitucional, encontrava-se previsto em ordenamentos infraconstitucionais, com concepção imprecisa e diversa da atual e extremamente desprestigiado pelos gestores da coisa pública.

Ressalta-se, por outro lado, conflitos e contradições no uso do termo na própria Constituição, que, por vezes, toma a publicidade no sentido de propaganda e, por outras, trata-a como princípio ou, ainda, como norma-regra.

E dentre outros atos praticados pela Administração, encontram-se os inerentes ao processo licitatório, através dos quais se escolhe a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Esse processo, também previsto na atual Constituição, deve ser transparente em todas as suas fases desde o ato convocatório até a finalização do processo.

A ampla publicidade no procedimento de licitação é destinada não só a informar os concorrentes eventuais da abertura do certame, bem como lhes dar conhecimento das condições gerais do contrato, visando dar iguais condições a todos os participantes, o que justifica plenamente este estudo.

As tradições do segredo e do isolamento foram vencidas, a reformulação das bases das relações de Direito Administrativo potencializou o combate dos atos lesivos ou imorais ao patrimônio público, aumentou a vigilância e o controle social e institucional sobre as ações estatais.

A segurança nacional não pode mais ser vista como antes da constituição republicana, expcionando comportamentos imorais e absurdos no tocante a coisa pública.

A premissa básica do trabalho é a importância do princípio da Publicidade na gestão da res *pública*, ressaltando a aplicabilidade desse princípio nas licitações públicas.

A questão do estudo foi: o que justifica a importância da aplicação do Princípio da Publicidade nas licitações? Tendo como objetivo geral o de mostrar exatamente a importância da aplicação deste princípio para as licitações.

O método de abordagem foi o dedutivo e a técnica utilizada foi à pesquisa indireta documental: jurisprudência e bibliográfica e doutrinária.

No deslinde da matéria aflorarão aspectos de impacto compulsório: a questão principiológica, a publicidade administrativa como dever estatal e direito subjetivo público e o seu papel como requisito de validade ou fator de eficácia do ato, a publicação oficial e a promoção pessoal dos agentes públicos, o silêncio administrativo, a necessária obediência a esse princípio no processo de licitação, no qual o administrador vai dispor, embora não livremente, da coisa pública, em contraposição ao princípio basilar do direito administrativo que é a indisponibilidade, pela Administração Pública, do interesse público, dentre outros de igual relevância.

2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.1 Introdução

O presente capítulo tem como objetivo dar uma visão geral dos princípios constitucionais, sem, no entanto, esgotá-lo.

Ráo (1999, p.48) já na década de 50, afirmava que a ignorância dos princípios "quando não induz o erro, leva à criação de rúbulas em lugar de juristas".

Primeiramente, ainda que de forma breve, superficial, remete ao estudo de conceito de princípio no Direito, bem como a definição de princípios constitucionais, tendo por base a doutrina pátria.

Em seguida, trata-se da força normativa dos princípios constitucionais, restando demonstrado, nesse capítulo, que os princípios não necessitam estar expressos num determinado diploma jurídico para ter força vinculante, vez que eles podem ser encontrados de forma latente no ordenamento jurídico.

Ressalta-se sobre a existência de princípios implícitos e princípios expressos no texto constitucional, princípios constitucionais expressamente referidos e princípios constitucionais inferidos dos enunciados normativo-constitucionais. Ambos teriam igual dignidade jurídica, vinculando de igual maneira as pessoas e entes.

E a partir dessa premissa, procura-se demonstrar a relevância deles sendo caracterizados não pela positivação ou normatização, mas pela aceitação, ou opção social.

Por derradeiro, retrata-se sobre a classificação de princípios constitucionais em princípios constitucionais fundamentais, princípios constitucionais gerais e princípios constitucionais setoriais.

2.2 Conceito de Princípio

Toda a sociedade é regida por determinados valores, que constituem os postulados originários e primários do grupo de pessoas. Para que exista uma sociedade, é fundamental uma comunhão mínima de valores que propiciem as diretrizes de o que e como se pretende se conduzir. O direito, em seu propósito de realizar a justiça, buscará operacionalizar esses valores. A partir daí, surge o ordenamento jurídico como um conjunto de normas que expressam os valores de uma sociedade.

Os princípios jurídicos representam os valores materiais que a sociedade elegeu à justiça, nos mostram como alcançá-los. Dworkin (1989, p.72) os define como um *standard* que há de ser observado por ser uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade. Constituem as proposições primárias do direito, estão vinculados àqueles valores fundantes da sociedade, que exprimem o que foi por ela eleito como sendo o justo.

Na mesma vertente, nos ensina Zagrebelsky (1995, p.114):

Desde su punto de vista, el positivismo jurídico tenía razones para preocuparse, aun cuando los principios establecidos por la Constitución no son, desde luego, derecho natural. Tales principios representan, por el contrario, el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituyen el intento de "positivizar" lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural, a saber; la determinación de la justicia y de los derechos humanos. La Constitución, en efecto, aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva. La separación de los derechos y de la justicia respecto de la ley no significa, en consecuencia – como ocurre, en cambio, en todas las manifestaciones del jusnaturalismo – su fundamentación en la esfera de un orden objetivo, intangible para la voluntad humana: los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas.

O conceito de princípio constitucional não pode ser tratado dissociado da idéia de princípio no Direito.

Princípio induz a idéia de começo, início, fonte, base fundamental de uma estrutura. Ferreira (1986. p.1.393) encontra-se a seguinte definição: “Princípio. (Do Lat. *Principiu*) S.m. 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem”[...]

No sentido jurídico, Plácido e Silva (2005, p.1.094) coloca princípio como a base da ciência:

[...] em sentido vulgar quer exprimir o começo de vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começam a existir”. É, amplamente, indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa. No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. [...] E, assim, princípios revelam o conjunto de elementos que se fixaram pra servir de normas a toda espécie de ação jurídica, trançando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. [...] Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. [...] Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito. Indicam o alicerce do direito. [...]

Os princípios se mostram como sendo os alicerces que estruturam todo o sistema normativo, a pedra angular de onde parte todo e qualquer raciocínio normativo. Em termos de direito positivo, princípios são normas jurídicas portadoras de intensa carga axiológica, de tal forma que a compreensão de outras unidades do sistema fica na dependência da boa aplicação daqueles vetores.

Nesse sentido, Bandeira de Mello (1980, p.230) assevera que princípio significa “[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência [...]”.

Nas palavras de Ribeiro Júnior (1997) os princípios são assim sintetizados: Princípios são proposições diretrizes características, às quais deve subordinar-se todo o desenvolvimento ulterior. Assim, os Princípios despertam a idéia do que é primeiro em importância; e, na ordem da aceitação, do que é fundamental.

Sabe-se que os princípios, ao lado das regras, são normas jurídicas. Os princípios, porém, exercem dentro do sistema normativo um papel diferente das regras.

Estas, por descreverem hipóteses, possuem a clara função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas. Não é assim com os princípios, que são normas generalíssimas dentro do sistema. Nesse sentido, dada a fundamental característica normativa dos princípios, afigura-se acertada a idéia de Bonavides (1988, p.230).

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Alexy (1993, p.86) entende que, como as regras, os princípios são normas jurídicas, mas, diferentemente das regras, eles são normas jurídicas que dizem que algo deve ser realizado *na maior medida possível*. Como ele mesmo diz,

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, como também das jurídicas (...). De outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível.

A principal diferença entre regras e princípios, é que os princípios impõem a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Fazendo uso de uma expressão de Alexy (Ibid), os princípios são *mandados de otimização*, que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, de acordo com as possibilidades reais e jurídicas. Os princípios e regras opostos é que irão determinar o âmbito das possibilidades jurídicas. Já as regras somente podem ou não ser cumpridas, contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. Se uma regra é válida deve-se fazer exatamente o que ela exige.

Rothenburg (2003) entende que tanto as regras como os princípios são espécies do mesmo gênero: a norma jurídica. E afirma, com muita propriedade:

Sobre essa identidade básica é que vão se traçar diferenças, a respeito da diversa feição normativa que cada qual apresenta, justificando uma natureza peculiar tanto aos princípios quanto às regras, mas que não deve ocultar o que lhes é igual em essência. Se os princípios têm suas propriedades, diferenciando-se por sua natureza (qualitativamente) dos demais preceitos jurídicos, a distinção está em que constituem eles expressão primeira dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas (fornecendo-lhes a inspiração para o recheio). (Ibid. p.16)

Os princípios têm maior grau de abstração em razão de não se reportarem, ainda hipoteticamente, a nenhuma espécie de situação de fato que dê suporte à incidência de norma jurídica, de forma contrária ocorre com as regras legais. Essas descrevem estado ou fato, aqueles referem-se diretamente a valores, enquanto as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentam diretamente nenhuma ação, necessitam da intervenção daquelas.

Mais uma vez torna-se imperiosa a lição de Rothenburg:

Os princípios são dotados de vagueza, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico. Trata-se da expressão dos valores principais de uma dada concepção do Direito, naturalmente abstratos e abrangentes. Não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos: ao contrário, possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato [...] (Ibid. p.18).

É importante destacar que os princípios não têm mandamentos definitivos, mas somente *prima facie*. Um determinado princípio pode valer para um caso concreto, diante de determinadas circunstâncias e para outro caso não. Quando um princípio não prevalecer para um determinado caso, não significa que não pertença ao sistema jurídico, porque num outro caso, quando inexistirem tais considerações contrárias, ou quando estas não tiverem o mesmo peso, este princípio poderá ser decisivo. Caso totalmente distinto é o das regras, que contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Esta determinação somente não será aplicada quando se verificar impossibilidades jurídicas ou fáticas, que podem conduzir à sua invalidez. Se não ocorrer tal caso, aplica-se exatamente o que diz a regra.

Para se aplicar os princípios jurídicos a um caso concreto, torna-se necessário fazer-se uma ponderação dos interesses em questão. Deve-se analisar os valores que cada

princípio representa, as condicionantes de fato que lhe permeiam e buscar a solução através da ponderação realizada pelo intérprete. Em virtude de que os princípios não nos fornecem respostas prontas, a responsabilidade dos juristas frente à concretização da justiça vê-se ampliada, pois valoriza-se o seu potencial argumentativo.

Na realidade, os princípios são multifuncionais, sendo que pelo menos três funções podem ser apontadas aos princípios no direito em geral: fundamentadora, orientadora da interpretação e de fonte subsidiária. Ademais, serve o princípio como limite de atuação do jurista. Explica-se: no mesmo passo em que funciona como vetor de interpretação, o princípio tem como função limitar a vontade subjetiva do aplicador do direito, vale dizer, os princípios estabelecem balizamentos dentro dos quais o jurista exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto.

Ainda vale ressaltar, devido à importância que tem para uma compreensão sistematizada do assunto, a distinção entre princípios gerais do Direito e princípios positivos do Direito.

Espíndola (2002, p.57-58), ao analisar a visão de Jeammaud, retratada por Eros Grau¹, afirma:

Deste modo, os 'princípios positivos do Direito' pertencem à linguagem do Direito. Já os princípios gerais do Direito podem ser valorados segundo a idéia do falso e do verdadeiro, conforme as análises descritivas da Ciência Jurídica. Eles pertencem à linguagem dos juristas. São posições descritivas (e não normativas), através das quais os juristas referem, de maneira sintética, o conteúdo e as grandes tendências do direito positivo.

Assim sendo, é necessário lembrar que ambos, princípios gerais do Direito e princípios positivos do Direito, encontram-se contemplados no art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Os primeiros, na locução que lhes designa o próprio enunciado, e os segundos, no vocábulo lei.

¹Ver Eros Grau, em A ordem econômica na Constituição de 1988 .

Reconhece-se, pois, o valor fundamental dos princípios como normas gerais, abstratas, não necessariamente positivadas expressamente.

Para finalizar, cabe ressaltar que, a partir da preponderância dos princípios jurídicos, os operadores do direito devem agir atendendo à razoabilidade, que significa nada mais que prudência e bom senso. Verifica-se, assim, que ao mesmo tempo em que se concede um maior espaço de liberdade e argumentação ao jurista, exige-se deste que atitude com responsabilidade na luta pelo maior objetivo e razão de ser do direito – a concretização da justiça.

2.3 Princípios constitucionais

Os princípios constitucionais são normas que sustentam todo o ordenamento normativo, tendo por função principal conferir racionalidade sistêmica e integralidade ao ordenamento constitucional. Podem ser expressos mediante enunciados normativos ou aparecer implicitamente no texto constitucional. São, assim, orientações e mandamentos de natureza fundamental e geral, vistos a partir do sistema constitucional vigente, da racionalidade do ordenamento normativo e capazes de demonstrar a ordem jurídico-constitucional operante num dado momento histórico.

Os princípios constitucionais se constituem no fundamento de todo o sistema jurídico constitucional, não somente servindo de estrutura e organização da Constituição, mas se solidificando como normas constitucionais de eficácia vinculante para a proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se dizer que os princípios funcionam também como fonte de legitimação (padrão de legitimação constitucional) da decisão. Vale dizer: quanto mais o magistrado procura torná-los eficazes, mais legítima será a decisão; por

outro lado, estará desprovida de legitimidade a decisão que desrespeitar esses princípios constitucionais.

E é nesse conturbado cenário que surge a importância maior dos princípios constitucionais: servir justamente para dar o norte, o qual o hermenauta deve seguir nessa difícil atividade de adaptação do direito posto às novas situações jurídicas que vão surgindo num planeta globalizado completamente diferente de tudo que já existiu.

Rocha (1994, p.25) ao falar sobre os princípios constitucionais propõe que eles sejam reconhecidos como valores superiores em dada sociedade política, sendo caracterizados não pela positivação ou normatização, mas pela aceitação, ou opção social. Sintetiza: “Os princípios constitucionais são conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado [...]”.

Também no mesmo sentido, Rosa (2002, p.199) em texto intitulado Princípios Constitucionais na concepção sistêmica do ordenamento jurídico, diz

Os princípios constitucionais estejam ou não positivados, detêm caráter normativo, são estruturais ao sistema, indicam os valores acolhidos pela sociedade, os standards, e expressam dada decisão política. [...] Os princípios constitucionais são normas “mais diretrizes que outras”, obrigando o aplicador da lei a necessariamente consultá-los a fim de garantir validade no trabalho interpretativo.

Rocha (Op. Cit.) apresenta as características dos princípios constitucionais, que aqui são apenas noticiadas: generalidade, primariedade, dimensão axiológica, objetividade, transcendência, atualidade, polifomia, vinculabilidade, aderência, informatividade, complementariedade e normatividade jurídica.

A doutrina especializada reconhece a existência de princípios implícitos e princípios expressos no texto constitucional, princípios constitucionais expressamente referidos e princípios constitucionais inferidos dos enunciados normativo-constitucionais.

Ambos teriam igual dignidade jurídica, vinculando de igual maneira as pessoas e entes já referidos.

Assim, nem poderia ser diferente, pois os princípios implícitos podem traduzir valores indisputáveis da sociedade e serem imprescindíveis para a compreensão dos preceitos, das regras, de maneira que será o reconhecimento destes que àqueles garantirá efetividade.

2.4 Classificação dos Princípios Constitucionais

Classificar é reunir em grupos, agrupar, segundo critérios previamente estabelecidos. Barroso (1993, p.168-185), no trabalho que escreveu sobre a classificação dos princípios constitucionais diferenciou assim: princípios constitucionais fundamentais, princípios constitucionais gerais e princípios constitucionais setoriais. Para ele, os princípios fundamentais são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado. Na opinião do autor, os princípios fundamentais correspondem aos princípios constitucionais de organização. Expressando da seguinte maneira: “Neles se substancia a opção política entre Estado unitário e federação, república ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo, regime democrático, etc.” Como exemplo, destaca os seguintes princípios: princípio republicano (art. 1º, caput, da CF); princípio federativo (art. 1º, caput); princípio do Estado democrático de direito (art. 1º, caput); princípio da separação de poderes (art. 2º); princípio presidencialista (art. 76); princípio da livre-iniciativa (art. 1º, IV).

No tocante aos princípios constitucionais gerais, assevera:

[...] embora não integrem o núcleo de decisão política formadora do Estado, são, normalmente, importantes especificações dos princípios fundamentais. Têm eles menor grau de abstração e ensejam, em muitos casos, a tutela imediata das situações jurídicas que contemplam. São princípios que se irradiam por toda a ordem jurídica, como desdobramentos dos princípios fundamentais, e se aproximam daqueles que identificamos como princípios definidores de direitos. São exemplos o princípio da legalidade, da isonomia, do juiz natura. (Ibid. p.174)

Cita como exemplos: princípio da legalidade (art. 5º, II); princípio da isonomia (art. 5º, caput, I); princípio da autonomia estadual e municipal (art. 18); princípio do acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV); princípio da irretroatividade das leis (art. 5º, XXXVI); princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV).

Já os princípios constitucionais setoriais:

[...] são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a um determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas em seu âmbito de atuação são supremos. Por vezes são mero detalhamento dos princípios gerais, como os princípios da legalidade tributária ou da legalidade penal. Outras vezes são autônomos, como o princípio da anterioridade em matéria tributária ou o do concurso público em matéria de administração pública. (Ibid p.174).

Essa classificação tem grande relevância no campo do direito constitucional, na medida em que encerram o ciclo sobre os princípios constitucionais sem maiores delongas, de forma objetiva, prática e coerente.

2.4.1 Princípios constitucionais fundamentais

Espíndola (Op. Cit. p.) em texto riquíssimo sobre Princípios Constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas, no qual ele cita e segue a classificação supracitada, entende como os mais importantes princípios constitucionais fundamentais o princípio republicano e o princípio do Estado Democrático de Direito:

O princípio republicano (art. 1º, caput, CR) impõe que se entenda a administração pública como instituição que tem por fim atender às aspirações do povo, que elegeu representantes (o Chefe do Executivo, Chefe da administração pública, em nosso sistema presidencialista) para este fim; implica na periodicidade dos mandatos, na realização de eleições gerais para escolha dos governantes, no exercício do sufrágio universal, direto e secreto; implica na responsabilidade penal, civil, administrativa e política dos gestores públicos de todas as qualidades, sejam agentes políticos ou agentes administrativos; implica em que a administração, no parlamento, no judiciário ou no executivo, atue guiada pelo interesse público como aspiração de todos, para todos, de forma legítima, sem privilégios ou discriminações arbitrárias de qualquer espécie; reclama a prestação de contas, a transparência administrativa e a eleição de fins públicos verdadeiros e legitimados pelo interesse comum do povo; implica, especialmente, o respeito às liberdades públicas, ou melhor, ao conjunto de

direitos fundamentais pertinentes ao homem. Este princípio, por sua larga abertura e baixa densidade, é melhor compreendido em consonância com princípios constitucionais gerais (legalidade, igualdade, responsabilidade dos agentes públicos por seus atos, etc) e setoriais jus-administrativos (legalidade administrativa, impessoalidade, moralidade, etc.), que lhe densificam o núcleo normativo, que lhe desdobram o conteúdo principiológico em outros princípios de maior densidade. O princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, da CR) exige que se otimizem, em todos os níveis (legislativo, executivo e judicial), os instrumentos de controle sobre a administração pública, sobre o poder público e se maximizem os direitos fundamentais da pessoa humana, direitos que devem constituir padrões de conduta material para os gestores e para as instituições administrativo-públicas. Este princípio exige que a administração prossiga seus fins públicos orientados por um dos grandes princípios capitais, que constitui decorrência normativa e axiológica do Estado Democrático de Direito: o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, restou comprovada a importância do Princípio Republicano e do Princípio do Estado Democrático de Direito, sem os quais os princípios constitucionais gerais e os princípios constitucionais setoriais não teriam sentido, completude e clareza.

Ressalta-se por oportuno, que tratar-se-á do princípio republicano no capítulo seguinte, tendo em vista que ele garante o cumprimento do princípio da publicidade.

2.4.2 Princípios constitucionais gerais

Os princípios constitucionais gerais se infiltram em todos os ramos do Direito, e em cada segmento jurídico assumem forma, conteúdo e efeitos próprios.

Os princípios constitucionais gerais são os seguintes: princípio da legalidade/liberdade, princípio da razoabilidade, princípio da segurança jurídica, princípio da igualdade, princípio do devido processo legal, princípios do contraditório e da ampla defesa, princípios do juiz e do promotor naturais.

Devido á importância desses princípios, necessário se faz, embora sem a intenção de exaurir o assunto, comentar cada um deles.

O **princípio da legalidade/liberdade** (art. 5º, inciso II, da CR) impõe que toda intervenção na esfera de direitos, na esfera de liberdades da pessoa, se opere através da lei, ato jurídico-político votado pelo povo, por intermédio de seus representantes (desdobramento do

Princípio Republicano), aqui especialmente os representantes do Legislativo e do Executivo em atuações conjugadas; a criação de direitos, de obrigações, de proibições e sanções – para ter racionalidade, calculabilidade, regulação das expectativas dos indivíduos – deve-se dar por intermédio da lei (desdobramento do Princípio do Estado Democrático de Direito).

E a legalidade, a lei, sua juridicidade, deve-se dar no plano da Constituição, da constitucionalidade, pois não é qualquer lei que pode restringir ou ampliar direitos, mas somente aquela que atendeu aos seus pressupostos constitucionais, materiais e formais, de validade. É o princípio da legalidade lido e aplicado em conjunto, em casamento com o princípio da constitucionalidade.

O **princípio da razoabilidade**, implícito no art. 5º, LIV, da CR, também princípio legal constante da Lei federal n. 9.784, de 29.1.1999 (art. 2º, parágrafo único, inciso VI), expressa, na boa síntese empreendida pela lei federal citada, a imposição de “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

Isso quer dizer que todas as atuações dos poderes públicos, a lei, a sentença, os atos administrativos, e mesmo os atos dos particulares, não podem ocasionar um mal maior do que o mal que objetivam combater com dada medida legislativa, judicial ou administrativa (ou particular). Isso é uma exigência decorrente do Estado Democrático de Direito. Razoabilidade rima com democraticidade, com democracia, com ponderação, com equilíbrio entre fins político-sociais e meios jurídicos válidos e legítimos para o seu alcance.

Atos jurídico-públicos irrazoáveis são atos inconstitucionais, ilegais, inválidos, atos suscetíveis de desconstituição por imposição dos efeitos de nulidade.

O **princípio do devido processo legal** (expresso no art. 5º, LIV, da CR), como matizado em sua origem norte-americana, tem uma dimensão substantiva e outra adjetiva, ou seja, uma dimensão material e outra processual. Entre nós, de certa forma, a dimensão

substantiva vem mediada por reflexões que se ocupam do princípio da razoabilidade e do princípio da proporcionalidade. No Brasil a sua dimensão adjetiva granjeou maior aceitação, e é dessa dimensão que agora trataremos. Nessa dimensão o *due process of law* se ocupa da garantia da legalidade do procedimento, do justo processo, do *iter* mediador do conflito entre a liberdade e a autoridade no jogo de poder desenvolvido pelas atividades estatais, mormente as atividades jurídico-administrativas e judiciais.

Esse princípio consagra a garantia de posições processuais no exercício de poderes e competências pelas autoridades, nos processos perante elas provocados ou por elas deflagrados, ele exige que a imposição de qualquer ônus, encargo, sanção, ou conferência de direito, asseguramento de posições, se dê pela mediação do processo, judicial ou administrativo (ou mesmo parlamentar). Os caminhos do exercício do poder sobre as esferas de liberdade do indivíduo estão limitados pelas exigências do devido processo legal. Sem observação dos ritos processuais não se pode conceber atuação válida dos poderes públicos, numa perspectiva de garantia ao indivíduo e não meramente formal.

O Juiz, o Administrador e o Legislador estão vinculados aos processos que a ordem constitucional e a infraconstitucional traçaram para o exercício de suas atribuições e competências, como garantia fundamental dos indivíduos. A lei (sob pena de inconstitucionalidade formal), a sentença (*invalidade por error in procedendo*), o ato administrativo (por violação das regras e princípios atinentes ao processo administrativo), se desencarrilhados das trilhas processuais pré-ordenadas pelo Direito, sujeitam-se à invalidação.

O princípio da segurança jurídica (art. 5º, caput e seu inciso XXXVI, da CR) impõe que as relações jurídicas, as posições de direito delas decorrentes, se já validamente consolidadas, se fruto de coisa julgada, ato jurídico perfeito ou direito adquirido, não sejam tocadas, bulidas no sentido de revogá-las ou modificar-lhes os efeitos já consolidados.

Reclama também que sejam bem respeitados os institutos da decadência e da prescrição, especialmente no que toca ao direito de punir, de investigar, de aplicar sanções por parte das autoridades.

O **princípio da igualdade** (art. 5º, caput e seu inciso I, da CR) impõe que os poderes públicos, na edição de leis gerais e abstratas, na edição de sentenças ou atos administrativos, tratem a todos com igualdade, na medida de suas forças econômicas, culturais e sociais. Proíbe privilégios, afasta discriminações irrazoáveis e impõe tratamento isonômico para (tentar, tender) igualar os desiguais, especialmente em políticas públicas de caráter social (saúde, educação, lazer, etc.). Esse princípio reclama, para sua compreensão, a idéia de que existem equiparações requeridas pela ordem jurídica, discriminações autorizadas e discriminações vedadas.

O princípio da igualdade não reduz a igualdade formal do mesmo tratamento normativo. É, em verdade, mais do que mera aplicação indistinta da lei sem discriminações. O princípio reclama para sua efetividade que a lei não viole os valores supremos da Constituição.

Daí o porquê assevera Figueiredo (1998, p. 46-47) com a acuidade de sempre que:

Como já afirmei, igualdade na lei e igualdade perante a lei são coisas diferentes. O aplicador poderá, ao aplicar a lei, estar aplicando-a igualmente, estar aplicando a lei sem discriminações, mas poderá, ao aplicar a lei, estar violando o texto constitucional, na medida em que a lei tem que ser aferida pelas normas e princípios da Constituição. [...] Há afirmação – de Bachoff e de Canotilho – no sentido de que antes, os direitos e garantias fundamentais valiam em face da lei; agora, todavia, a lei vale em face dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição. Portanto, se uma lei violar algum direito ou garantia constitucional, esta lei não atenderá ao princípio da igualdade. [...] Quando, em qualquer Constituição, pretender-se extirpar tal garantia, estaremos rompendo a ordem jurídica. Então, não teremos, por hipótese, emenda constitucional, mas teremos nova ordem jurídica implantada pela força, à semelhança de atos institucionais. Destarte, o princípio da igualdade, entendido dentro de seu gizamento constitucional, deve ser a meta do administrador: estar sob a lei e a Constituição é respeitar o relevante valor constitucional.

O princípio da igualdade, visto em sua dimensão jurídica e social, impõe ao legislador, à administração e ao próprio juiz o dever de não permitir discriminações aleatórias ou privilégios, de respeitar os vetores constitucionais, os valores abrigados no sistema e, também, o dever de compensar a desigualdade de oportunidades que subsiste no Estado de Direito, fazendo cumprir a dimensão social do princípio.

Os **princípios do contraditório e da ampla defesa** (art. 5º, inciso LV, da CR) têm, cada um, o seu conteúdo jurídico. Como princípios que consagram garantias processuais, posições processuais poderiam ser lidos conjuntamente com o princípio do devido processo legal. Todavia, a atual Constituição disciplinou-os em dispositivos separados, e separados eles têm sido tratados pelos nossos doutrinadores.

O contraditório, o princípio constitucional do contraditório, impõe que as acusações sejam pormenorizadas, que o tempo para defesa seja razoável e integral, exige comunicações prévias à prática dos atos processuais, reclama o debate franco e oportuno sobre todos os pontos da causa, determina que a decisão final do processo atente para todas as provas e argumentos apresentados pelas partes, o que se revelará em uma motivação honesta, integral, imparcial, eficiente, técnica e razoável.

Os **princípios do juiz e do promotor naturais** (ambos com sede no art. 5º, LIII, da CR) antes admitidos apenas no processo penal, hoje são aceitos no processo civil e devem ser bem aceitos no processo administrativo.

O princípio do juiz natural exige que juízo prévio, anterior ao fato, criado e de competência fixada por lei, processe o caso e julgue-o, de acordo com critérios racionais estabelecidos pela ordem do direito. Dele se exige imparcialidade, equidistância dos interesses em controvérsia. Esse princípio proscreve a nomeação de juízos *ex post factum*, ou melhor, a nomeação de juízes, órgãos ou instâncias especialmente para julgar determinado caso, no intuito de impedir privilégios abusivos ou perseguições arbitrárias.

Numa metáfora, talvez imperfeita, pode-se dizer que a outra face do juiz natural é a garantia, o princípio constitucional do promotor natural, do acusador natural, do deflagrador processual prévio e conhecido de antemão, especialmente em processos administrativos nos quais se exige a ação, a atitude de determinadas autoridades administrativas (e não de outras, ou de outros que não estejam investidos de autoridade legal). Tanto quanto um julgamento imparcial exige-se uma acusação imparcial, uma movimentação acusatória comprometida com interesses legítimos, próprios ao Estado Democrático de Direito. Exigir julgamento imparcial, e deixar a acusação ao deus-dará, sem respeito a formas jurídicas é acreditar que a irracionalidade ganhará racionalidade, que a ilegalidade terminará bem, dentro da legalidade, pela idéia singela de que a simples existência de juiz imparcial será o suficiente para banir o arbitrário e breçar as injustiças.

Rothenburg (Op. Cit. p.70) ressalta:

Quem sabe, fosse possível remontar todos esses princípios constitucionais “fundamentais” a uma matriz comum: o princípio republicano, em toda a sua dimensão. Entretanto, essa redução envolve o risco de, sob o albergue de uma dicção muito vaga e genérica, deixar menos claras outras vertentes, caminhando na contramão da história constitucional, cujo esforço vem orientado para a exteriorização (desenvolvimento) dos diversos aspectos do princípio.

Diante do exposto, Rothenburg (Ibid) observa que são várias as formas de classificação – reunir em grupos segundo critérios preestabelecidos, e todas podem ser adotadas sem problemas. Porém, a utilidade das classificações é questionável e quem sabe reside no efeito aglutinador, que permite reunir princípios afins e assim apresentá-los melhor, do que na revelação de características próprias dos diversos grupos.

3 O PRINCÍPIO REPUBLICANO COMO GARANTIDOR DA PUBLICIDADE

3.1 Breve histórico

No Brasil, o Princípio Republicano apareceu pela primeira vez de forma oficial na Constituição Federal de 1891, já no seu artigo 1º, ao lado dos princípios Federativo e Democrático, que desde aquela época definem a estrutura basilar da nação brasileira. São princípios de efeito na realidade prática, na vida das pessoas.

O Princípio Republicano nasceu na Roma Antiga, no Império Romano; a palavra República é derivada de “*res publica*”, coisa pública. O primeiro pensador a interpretar este princípio de forma mais profunda foi Cícero, tribuno reconhecido, que afirmava ser a República não apenas uma congregação de pessoas, mas uma congregação organizada de pessoas, com um fim comum. Com o fim do Império Romano, no ano 476 depois de Cristo, a humanidade viveu 1.000(mil) anos de escuridão, a Idade Média, até 1453, quando se deu a invasão de Constantinopla pelos otomanos e se iniciou a Idade Moderna, a Era Moderna.

As idéias sobre República voltaram a aparecer. Em 1513, Maquiavel utilizou pela primeira vez a palavra Estado no sentido de Nação, de congregação de pessoas com um fim comum. Mas foi Jean Jacques Rousseau, no século 18, quem mais se aproximou de Cícero, quem ecoou as idéias de Cícero. Seu livro, O Contrato Social, exprime a idéia da supremacia do interesse público, bem como do conceito de igualdade, liberdade, democracia. Rousseau foi o precursor dos jacobinos da Revolução Francesa. Ele pregava a democracia direta, certamente por pensar em realizá-la na sua Genebra, cidade-estado em que nasceu. Ali poderia ser possível, mas não em países de maior densidade territorial, como França ou Portugal. Em contrapartida surgiu a democracia representativa, idéia que teve Emanuel Kant como um dos expoentes, ao lado de outros pensadores ilustres. A idéia de representação popular,

representantes, deputados, se firmou nos Estados Unidos, que declarou sua independência em 1776. Com ela veio também o Federalismo, cuja voz forte foi Conselheiro Bittencourt, escolhido para recepcionar o ministro do STF nas dependências do Tribunal, delineada nos artigos assinados com o pseudônimo de O Federalista, escritos por Madison, Jay e Hamilton. Foi nessa mesma época e na esteira de idéias desses pensadores que se estabeleceu a separação dos poderes (Madison, baseando-se em Montesquieu), os mandatos por tempo limitado e outros mecanismos de contenção dos poderes que demarcam o sistema de freios e contrapesos garantidores da República e da Democracia.

No Brasil, República e Federalismo nasceram juntos, na Constituição de 1891, assim como a divisão dos poderes da maneira como é vista hoje e a separação entre Igreja e Estado. Antes, entre a proclamação da Independência, em 1822, e a queda do Império, em 1889, existia o Poder Moderador do imperador, acima dos outros, imposto pela Constituição de 1824.

Um dos expoentes da elaboração da Constituição de 1891 foi Rui Barbosa, considerado um dos pais da República, defensor e incentivador da máxima de que o governo deve ser exercido pelo povo, para o povo e voltado aos interesses do povo.

É relevante destacar também o livro *A República*, de Geraldo Ataliba com reflexões sobre o Princípio Republicano, em que ele coloca como características básicas da República a eletividade, a temporariedade dos mandatos e a responsabilidade, em contraponto com as da Monarquia, quais sejam, a vitaliciedade, a hereditariedade e a irresponsabilidade. Esta última, incorporada à doutrina britânica, propiciou o surgimento do parlamentarismo – regime em que o chefe de Estado (o rei, na Inglaterra) não erra, mas sim, o chefe de Governo, que é quem cai nas ocasiões de crise. O mesmo se refere também em voto direto, sufrágio universal, como suporte da legitimidade dos mandatos no regime democrático e republicano.

Com relação à época atual, fim do Século 20 e início do Século 21, é de se pensar que deverá ficar marcada pelo fortalecimento das associações, das ONGs (organizações não governamentais) e que os indivíduos vão ser eclipsados. Prevalecerão os direitos sociais, além de deveres como os de tolerância, de solidariedade e a obrigatoriedade de servir ao bem comum.

Ganharam força as ações de preservação do meio ambiente bem como as consultas populares, tipo plebiscitos e referendos, como as que ocorreram em 1993 no Brasil em relação ao regime (monarquista ou republicano), à forma de governo (presidencialismo e parlamentarismo) e, mais recentemente, sobre o porte de armas.

A Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, como a qualificou Ulysses Guimarães, embora derivada de emenda constitucional, pode ser vista como originária, porque veio da repulsa ao Movimento Militar, de exceção, e também de sentimentos de repúdio à exclusão social de passado mais remoto, em que a elite dominante tinha visão caciquista, excludente.

Ela traz do mesmo modo em seu bojo um projeto de desenvolvimento que busca superar as desigualdades, efetivar os direitos fundamentais e consolidar a Democracia.

Como espécie de subprincípios do Princípio Republicano, a Constituição de 1988 traz os princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. É preciso dizer que a força imperativa do Princípio Republicano, assim como do Democrático, depende diretamente do grau de maturidade dos cidadãos e dos governantes. E também da consciência que tenham de que não são apenas titulares de direitos, mas também e, principalmente, de deveres e obrigações em face da coletividade.

3.2 Princípio Constitucional Republicano

O art 1º da Constituição Federal de 1988 não instaura a República, este artigo recebe a forma republicana da evolução - constituída desde 1889 - mantendo-se como princípio da ordem constitucional. Como já foi dito, desde a constituição de 1891, a forma republicana de governo figura como princípio constitucional.

República é a forma de governo, designativa de uma coletividade política. Traduz-se como um governo em que o povo governa no interesse do povo, com eletividade periódica do Chefe de Estado.

Segundo Martines Júnior (2004), dentre os princípios político-constitucionais de nossa Lei Maior está o republicano. A República é tipo de governo fundado na igualdade formal das pessoas, em que os detentores do poder político exercem-no em caráter eletivo, representativo, transitório e com responsabilidade.

É considerado a *res publica*, como um conjunto de bens e interesses pertencentes à coletividade. Cada um de nós, individualmente, é detentor da coisa pública.

O conceito República foi classicamente construído como sendo uma *forma de governo* contraposta ao sistema monárquico, onde o povo – e não mais o Monarca – era titular da coisa pública. Na verdade, seu alcance espraia uma gama de características e preceitos que ultrapassa este mero entendimento formal.

A primeira característica de um Estado republicano é ter uma comunidade política, uma unidade coletiva de indivíduos que se auto-determina politicamente através da criação e manutenção de instituições políticas próprias assentes na decisão e participação dos cidadãos no governo dos mesmos. Verifica-se, que regime republicano é regime representativo, ou seja,

os cidadãos se fazem representar por agentes públicos que, em nome e com consentimento daqueles, gerenciam e administram a *res publica*.

O princípio republicano não deve ser encarado na visão puramente formal, algo como oposição à forma monárquica. Ruy Barbosa já comentava que o que discrimina a forma republicana não é apenas a coexistência dos três poderes, indispensáveis em todos os governos constitucionais, mas, sim, a condição de que, sobre existirem os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os dois primeiros derivem de eleições populares.

O ideário republicano da representatividade está estritamente ligado à noção de função pública como corolário da persecução dos interesses públicos e do bem comum (*res publica*) e, por via de consequência, radicalmente apartados dos assuntos ou negócios pessoais dos agentes públicos.

Portanto, o agente público que detenha em suas mãos parcela de poder sobre a *res publica* responderá, sob a égide do regime republicano, por seus atos praticados, conquanto revestido em suas funções. Neste sentido, a idéia de Michel Temer (1996) é que aquele que exerce função política responde pelos seus atos, sendo responsável perante o povo, porque o agente público está cuidando da *res publica*. Entende ele que a responsabilidade é corolário do regime republicano.

Note-se que não apenas aqueles que exercem função política – membros dos Poderes Legislativo e Executivo - são passíveis de responsabilidade em face do princípio republicano, e, sim, todos os agentes públicos.

É da essência do regime republicano que quem quer que exerça uma parcela do poder público tenha a responsabilidade desse exercício.

É lógico que assim o seja! Para que se exerça uma parcela do Poder Público, em qualquer nível ou esfera de atuação e, sendo a coisa pública pertencente ao povo, a contrapartida desta delegação de poderes e de representação da soberania popular será,

justamente, a responsabilidade. Se pertencente é a *res publica* à coletividade, perante todos eles os agentes públicos devem responder.

Independe, portanto, a qualidade do agente público – se revestido de poderes de representação da soberania popular como membro do Executivo, ou ainda como manifestador da vontade popular traduzida em Direito pelo Legislativo e realizada perante dado caso concreto pelo Judiciário – para que se averigüe a responsabilidade.

A forma republicana implica a necessidade de legitimidade popular do Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos Municipais, a existência de assembléias e câmaras populares nas três esferas de governo, eleições periódicas por tempo limitado que se traduz na temporariedade dos mandatos eletivos e, conseqüentemente, não vitaliciedade dos cargos políticos e prestação de contas da Administração Pública.

É na efetivação da prestação de contas da Administração Pública que se vislumbra a necessidade do cumprimento do princípio da Publicidade, tendo em vista que a prestação de contas pressupõe a transparência administrativa.

Além disso, como consta no artigo constitucional supracitado, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, afirmando no seu parágrafo único que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Pode-se imaginar uma democracia sem a efetiva participação popular na gestão da coisa pública? Será que essa participação não está atrelada ao conhecimento prévio de todos os atos praticados?

Apesar de consagrado constitucionalmente, o sistema político democrático no Brasil a sua efetiva existência é muitas vezes questionada.

Bandeira de Mello, (2001) dissertando sobre os países formalmente democráticos afirma que são os que, inobstante acolham normalmente em suas constituições modelos institucionais – hauridos dos países política, econômica e socialmente mais evoluídos –

teoricamente aptos a desembocarem em resultados consonantes com os valores democráticos, neles não aportam. Assim, conquanto seus governantes a) sejam investidos através de eleições, mediante sufrágio universal, para mandatos temporários; b) consagrem uma distinção, quanto menos material, entre as funções legislativa, executiva e judicial; c) acolham, em tese, o princípio da legalidade e da independência dos órgãos jurisdicionais, nem por isto, seu arcabouço institucional consegue ultrapassar o caráter de simples fachada, de painel aparatoso, muito distinto da realidade efetiva.

Nos países formalmente democráticos é comum os gestores se aproveitarem da carência de consciência de cidadania das camadas econômica e culturalmente desprestigiadas, que não oferece resistência as manipulações dos governantes em prol das classes econômica e politicamente mais bem situadas.

Não se pode falar em democracia sem publicidade. Nas palavras de Rocha (Op. Cit. p.249) "não se pretende mais aceitar, como legítima, a democracia da ignorância, aquela que todos são iguais no desconhecimento do que se passa no exercício do Poder usurpado e silenciosamente desempenhado".

Ora, quando o Poder Público se nega a disponibilizar aos cidadãos informações quanto à gestão da coisa pública ou disponibiliza informações que não coadunam com a realidade dos fatos, não há qualquer inconveniente que outros entes ou interessados levem ao conhecimento público as informações sonegadas. Daí o grande papel desempenhado pela imprensa nessas situações.

Na verdade, o princípio constitucional republicano funciona como garantidor da publicidade, ou seja, o fato dos administradores estarem gerindo a **coisa pública** implica na obrigatoriedade do cumprimento do princípio da publicidade e, por outro ângulo, a efetivação da publicidade reafirma os valores fundamentais da República. Afinal, não há como dissociar uma coisa da outra.

O princípio da publicidade visa assegurar o conhecimento público da atuação administrativa. O destino dado ao patrimônio público é de primordial interesse do seu titular - a coletividade. Esta jamais poderá ficar privada de informações quanto ao que é feito no trato da coisa pública.

4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

4.1 Abrangência do Termo Publicidade – Delimitações Necessárias

4.1.1 Publicidade e propaganda

É comum se encontrar em um mesmo texto estes dois termos, publicidade e propaganda, tentando expressar o mesmo significado.

Ferreira (Op. Cit. p.1414) é um dos dicionaristas que utiliza os dois termos como sinônimos:

Publicidade. [...] 1. Qualidade do que é público: a publicidade dum escândalo. 2. Caráter do que é feito em público: a publicidade dos debates judiciais. 3. A arte de exercer uma ação psicológica sobre o público com fins comerciais ou políticos; propaganda: agência de publicidade; a publicidade governamental. 4. Cartaz, anúncio, texto, etc., com caráter publicitário: duas páginas de publicidade no jornal

Para o termo propaganda é atribuída a seguinte significação: Do lat. *propaganda*, do gerundivo de *propagare*, ‘coisas que devem ser propagadas’. S.f. 1. Propagação de princípios, idéias, conhecimentos ou teorias. 2. Sociedade vulgarizadora de certas doutrinas. 3. Publicidade

Para De Plácido e Silva (1987, p.661), publicidade corresponde, numa primeira definição, à “[...] divulgação do fato, significando, assim, o próprio meio utilizado para que se torne notório ou de conhecimento generalizado o fato ou a coisa [...]” Propaganda, no mesmo dicionário, é “[...] a soma de meios de publicidade utilizados pelo comerciante, para que divulgue ou torne vulgarizados ou conhecidos suas mercadorias ou produtos”. Tem-se, pois, na propaganda, como traço distintivo fundamental “[...] uma técnica de comunicação persuasiva, enquanto na publicidade nem sempre isto acontece, existindo prioritariamente o objetivo de informar, divulgar, tornar público” (RABAÇA & BARBOSA, 1987, p. 181).

Essa diferenciação fica mais nítida quando propaganda é definida como substantivo, significando propagação de princípios ou teorias, e publicidade, como adjetivo, expressando qualidade do que é tornado público (BUENO, 1985).

Na opinião de Ceneviva (1991, p.73), “[...] trata-se de definição antiga, incompleta. Do ponto de vista subjetivo, o comerciante, o produtor e o criador de serviços são, na atualidade, os utilizadores do meio de divulgação [...]”. O autor completa essa opinião dizendo que “[...] pretendida que fosse uma distinção terminológica, a propaganda seria espécie do gênero publicidade, consistente em arte ou ciência de indução do consumidor a preferir produto ou serviço cuja qualidade proclama [...]”.

Todavia, propaganda e publicidade, embora vinculadas pelo sentido de divulgação, nem sempre têm, na lei, o mesmo significado técnico.

A Constituição Federal proíbe a propaganda como sinônimo de promoção de agentes ou funcionários públicos. Já publicidade, empregada no sentido de divulgação de atos administrativos, legislativos ou jurisprudenciais, não está nem poderia estar vedada, até mesmo porque numerosos desses atos são de divulgação obrigatória. Outros não o são, cabendo aos poderes públicos julgar a conveniência ou não de dar-lhes publicidade, utilizando aqui a expressão no sentido de comunicá-lo ao público.²

A atividade publicitária foi regulamentada definitivamente no Direito Brasileiro em 1965, com a chamada Lei de Propaganda (Lei nº 4.680, de 18.6.1965), determinando as regras para o exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda.

Dentre as definições encontradas no Capítulo I da referida lei, propaganda e publicidade aparecem como sinônimos.

Atualmente a legislação brasileira procura distinguir publicidade de propaganda, diferença esta anteriormente notada somente em outros idiomas.

²Parecer TC 50/89, Rel. Dr. Sérgio José Porto, aprovado pelo E.Tribunal Pleno em 6.12.89, Rio Grande do Sul, citado por Judith Costa, *in* “Publicidade e Ação Administrativa”, RDP 9.

Assim, se pode distinguir publicidade de propaganda, segundo a situação a que estejam relacionadas.

- publicidade representada pela publicação, na imprensa oficial, dos atos contratados da Administração. É obrigatória, posto constituir-se em requisito de eficácia dos mesmos;

- publicidade obrigatória, porém não necessariamente seguida de publicação na imprensa oficial, aí se compreendendo a divulgação que é feita através da afixação em locais públicos, de avisos ou editais de tomadas de preços, por exemplo;

- publicidade, seguida de divulgação na imprensa, sem caráter obrigatório, e que não se configure ou sugira a promoção pessoal de quem quer que seja, mas considerada de relevante interesse para a coletividade, como, por exemplo, a divulgação de campanhas de vacinação;

- propaganda de agentes políticos ou administrativos que, não raramente, se utilizam de obras ou serviços públicos para, indiretamente, realizar promoção pessoal;

- propaganda de produtos e serviços colocados para o comércio.

4.1.2 Publicidade e notificação

A publicidade não se confunde também com a notificação, pois esta “[...] é a ciência a terceiro de que, em prazo cominado, deve praticar determinado ato ou ter certo comportamento, sob pena de resultar inadimplente em obrigação que lhe cabe [...]” (BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 587).

A publicidade tem o sentido de impessoalidade, ou seja, é o meio pelo qual a Administração Pública torna públicas as suas decisões para conhecimento dos interessados. Contrariamente, a notificação tem caráter pessoal e exige a certificação do interessado à

margem de cópia do termo ou em protocolo próprio que certifique que foi dada ciência ao interessado e que este recebeu. Assim, a publicidade na imprensa e radiodifusão não pode substituir o aviso individual exigido pela lei para prevenir interessados acerca de determinado procedimento sobre o qual os mesmos poderão interpor recursos. Trata-se de ato administrativo utilizado tanto no direito público quanto no direito privado.

Logo, enquanto a notificação diz respeito à comunicação de determinado ato ou fato a um número delimitado de pessoas – para que estas possam se manifestar a respeito do mesmo, a partir do seu conhecimento e recebimento – a publicidade tem caráter coletivo, difuso, atingindo um número indeterminado de indivíduos.

4.1.3 Publicidade e comunicação

Informação, em Direito Administrativo, num primeiro instante, significa despacho ou notícia em torno de processo a ter seguimento (ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS, 1991). Diferencia-se da informação tomada no sentido de comunicação, isto é, aquela associada ao princípio fundamental relativo à liberdade de expressão e manifestação do pensamento.

O princípio fundamental inserto nas várias Constituições Federais Brasileiras, ao tratar da liberdade de informação ou expressão, atinge área paralela à Administração, posto que diz respeito à comunicação.

Segundo Silva (1988, p.230), o direito de informar,

[...] como aspecto da liberdade de manifestação de pensamento, revela-se um direito individual, mas coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses meios em direitos de feição coletiva.

O papel universal da comunicação e, em consequência, da informação é orientar e organizar, contando, para isso, com a contribuição da imprensa e dos meios de comunicação em geral.

Entre o direito de informação e o direito à informação, há que se absorver diferenças que impõem a coexistência dos dois. O direito de informação, que abrange a liberdade de expressão, é um direito de quem a utiliza. O direito à informação alcança e abarca o público a que ele se dirige. Existe, entre os dois, a distância que vai de um direito pessoal a um direito coletivo.

A Constituição de 1988 acolheu essa distinção

No capítulo da comunicação (art. 220/224), preordena a liberdade de informar completada com a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV). No mesmo art. 5º, XIV e XXXIII, já temos a dimensão coletiva do direito à informação. O primeiro declara assegurado a todos o acesso à informação. É o interesse geral contraposto ao interesse individual da manifestação de opinião, idéias e pensamento, vinculados pelos meios de comunicação social. Daí por que a liberdade de informação deixara de ser mera função individual para tornar-se função social. (Ibid. p. 230).

Acrescenta ainda que,

[...] outro dispositivo trata do direito à informação, mais específico quando estatui que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Aí, como se vê do enunciado, amalgamam-se interesses particulares, coletivos e gerais, donde se tem que não se trata de mero direito individual. (Ibid.)

É esse direito à informação proveniente da Administração Pública que interessa a este trabalho.

4.2 Publicidade – Princípio da Transparência Administrativa

Quando os direitos não são conhecidos por todos, torna-se certamente mais árduo reivindicá-los ou lutar por eles. A Administração deve, portanto, atuar às claras para permitir o pleno exercício do regime republicano.

A idéia do segredo administrativo, que por muito tempo perdurou no Brasil, sempre impedia a obtenção de dados e documentos, assim como proclamava a desnecessidade de motivar os atos administrativos.

O princípio da Publicidade da amparo à tão preconizada transparência, já que implica obrigatoriedade da divulgação pela Administração Pública direta e indireta de atos, contratos, além de outros instrumentos jurídicos dos quais se possa valer para a prática de suas atividades. O princípio da publicidade vem a concretizar os postulados básicos do princípio republicano, a saber, a possibilidade de fiscalização das atividades administrativas pelo povo, haja vista que todo o poder emana do povo, sendo toda a *res* (coisa) pública. Assim, o princípio da publicidade tem como desiderato assegurar transparência na gestão pública, pois o administrador público não é dono do patrimônio de que ele cuida, sendo mero delegatário a gestão dos bens da coletividade, devendo possibilitar aos administrados o conhecimento pleno de suas condutas administrativas.

A transparência é um atributo da própria publicidade. Exige-se não só que as decisões sejam públicas, mas também que favoreçam a participação dos cidadãos e das entidades da sociedade civil no processo de tomada de diretrizes administrativas.

Sobre o tema diz Dallari: (1991, p. 22).

Este atributo se liga ao princípio da publicidade, mas vai um ouço além. Não basta que as decisões sejam públicas, pois a democracia participativa exige que se proporcione oportunidade de participação do corpo social no próprio processo de tomada de decisão. Sempre que possível, a coletividade afetada deve ser ouvida antes que se tomem decisões que lhe digam respeito. Isso tanto serve para intervenções urbanísticas, quanto para realização de concursos públicos, quanto ainda para o estabelecimento de um programa educacional ou cultural.

Assim sendo, a publicação dos atos administrativos torna-se necessária para proporcionar o amplo conhecimento, o início de produção de efeitos, e o controle pelos interessados, por todos os setores da Administração Pública. Por essa razão, Rocha (1994, p.239), afirma que a publicidade é mais que um dos princípios constitucionais da Administração: é, assim, o seu próprio nome, a denotar-lhe a essência.

A publicação que enseja os efeitos desejados é a do Órgão Oficial, assim entendido como o jornal público ou privado destinado à divulgação dos atos da Administração Pública. No âmbito da União, a veiculação se dá pelo diário Oficial da União; no Estado, Distrito Federal e Municípios no veículo definido pelas respectivas leis, não sendo excluída a publicação em outros meios de divulgação, além do oficial, com o de que se propicie maior publicidade dos atos administrativos.

Tal publicação em órgão oficial é requisito de eficácia dos atos administrativos que devam produzir efeitos externos ou impliquem oneração do patrimônio público. Ou seja, enquanto não for publicado, levado ao conhecimento de todos, o ato administrativo não produzirá efeitos.

Conforme afirma Bandeira de Mello (1999), não se admite em um Estado Democrático de Direito, onde o poder é exercido em nome do povo, que este fique privado das informações quanto à gestão da coisa pública.

Na mesma linha, Canotilho (1998, p.481) aduz que "[...] a idéia de democracia administrativa aponta não só para um direito de acesso aos arquivos e registros públicos para a defesa dos direitos individuais, mas também para um direito de saber [...]"

A razão de ser do Estado é toda externa. Tudo que nele se passa, tudo que faz, tudo que possui, tem uma direção exterior. A finalidade de sua ação não deve residir jamais em algum benefício íntimo: está sempre voltado ao interesse público. Como precisar o que é interesse público? É o que o ordenamento entende valioso para a coletividade (não para a pessoa estatal) e que, por isso, protege e prestigia, para que os beneficiários de suas atividades sejam sempre os particulares.

O princípio da publicidade é próprio do Estado Democrático. Reza o art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 que o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes. Pertencendo o poder ao povo, este não poderá ficar privado de

informações concernentes ao agir da Administração Pública. Logo, aquele que atua e decide na qualidade de representante do povo, tem o dever acentuado de dar satisfação dos seus atos.

O princípio da publicidade aplicado a todos os poderes em todos os níveis de governo fundamenta-se na necessidade de transparência da atuação administrativa que deverá prestar informações aos administrados sobre seus fatos, decisões e contratos, como forma de garantir a segurança jurídica dos membros da coletividade quanto aos seus direitos. O sigilo no âmbito administrativo, salvo exceções justificáveis, serve apenas para promover o contrabando de informações privilegiadas. (FERRAZ & ABREU, 2001).

Este princípio impõe a ampla divulgação dos atos administrativos permitindo o controle interno e externo da gestão administrativa. (PAZZAGLINI FILHO, 2000).

O princípio em tela, encontra agasalho expresso no *caput* do art. 37 da Carta Magna, havendo outros dispositivos constitucionais que o reforçam. Desta forma, o art. 5º, XXXIII assegura o direito a receber dos órgãos públicos informações do interesse próprio do particular ou de interesse coletivo.³.

Também confirma o princípio da publicidade o inciso LXXII do mesmo artigo que introduziu o *habeas data* em nosso sistema, permitindo o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante ou de caráter público, constantes nos registros ou bancos de dados de entidades governamentais, possibilitando, ainda, a retificação de dados. Pode-se acrescentar o inciso XXXIV, também do art. 5º, que assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra

³CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. PARTIDOS DOS TRABALHADORES E PARLAMENTARES ESTADUAIS. GOVERNO DO PARANÁ. PROTOCOLO DE INTENÇÕES CELEBRADO COM A RENAUT DO BRASIL AUTOMÓVEIS S/A INSTALAÇÃO DE MONTADORA DE VEÍCULOS NO ESTADO, EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS DO INTERESSE DA COLETIVIDADE ART. 5º da Constituição Federal está inserido o de que “todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo em geral, que serão prestados no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (inciso XXXIII). 2. Inequívoco que os documentos cuja exibição foi requerida pelos impetrantes não estão protegidos pelo sigilo prescrito no art. 38 da Lei 1.595/64, sendo sua publicidade indispensável à demonstração da transparência dos negócios realizados pela Administração Pública envolvendo interesses patrimoniais e sociais da coletividade como um todo. 3. Recurso ordinário conhecido e provido ara, reformando o acórdão impugnado, conceder a segurança nos termos do pedido formulado pelos recorrentes. (STJ. ROMS, 1998/0062760-0, T2, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, em 7/11/2000, DJ de 18/2/2002, p. 279).

ilegalidade ou abuso de poder e a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesses pessoais. Di Pietro (2007) entende que este dispositivo assegura, também, o pedido de certidão visando à defesa de interesses coletivos, através de ação popular, ação civil pública ou mandado de segurança coletivo.

A idéia de publicidade, na ciência do Direito, traz consigo o desejo de se evitar, o quanto possível, o segredo nas relações jurídicas. Somente nas hipóteses em que a publicidade trazer prejuízos à segurança nacional ou nos casos de violação da privacidade dos valores íntimos do indivíduo em suas legítimas relações é que se admite o segredo.

No Estado concebido como democrático, republicano e de direito, não há como contestar que o poder emana do povo e em seu nome é exercido.

Convencionou-se este modelo diante da impossibilidade de um povo apresentar-se na função de Governo. Elegem-se, pois, os seus representantes por um dado período exercem seus mandatos em seu nome e, ao menos em tese, expressam sua vontade, responsabilizando-se, cada representante, pela conduta adotada.

O segredo, antes regra, inúmeras vezes utilizado como instrumento de manipulação de poder, dá lugar à publicidade e passa a ser exceção na ação estatal.

Agora, o exercício do poder que emana do povo deve ser transparente, possibilitando que a população exerça controle efetivo sobre todas as atuações administrativas.

A lei maior que apresenta a nação a Constituição Federal, consagrou a publicidade como princípio que rege a Administração Pública (art. 37, *caput*). É que o poder emana do povo que de conseqüência, como detentor desse poder, tem toda legitimidade para controlar passo a passo o seu exercício.

4.2.1 O princípio da publicidade e a atuação administrativa

Ora, conforme salientado, o princípio da publicidade visa assegurar o conhecimento público da atuação administrativa. O destino dado ao patrimônio público é de primordial interesse do seu titular - a coletividade. Esta jamais poderá ficar privada de informações quanto ao que é feito no trato da coisa pública.

Mas, que informação é esta que se constitui em um direito da coletividade? Pode-se considerar atendido o princípio da publicidade com a veiculação de informações forjadas pelo Poder Público?

Acredita-se que não. Quando se refere ao princípio da publicidade como um direito da coletividade de ser informada do que ocorre no âmbito da Administração Pública em consonância com o dever do Administrador Público de atuar com transparência, somente se pode pensar no atendimento desse princípio se as informações disponibilizadas aos cidadãos corresponderem à verdade.

Com efeito, a publicação de uma dispensa de licitação por situação de emergência, que na verdade nada mais é do que uma farsa para fuga do processo licitatório aplicável à espécie, não satisfaz o nosso conceito de publicidade. O mesmo se diga da publicação de resumo de contrato publicado após a prestação do serviço, ou ainda da contratação sem concurso público de pessoal para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público inexistente.

Note-se que todas as condutas acima mencionadas constituem atos de improbidade administrativa que poderão ser apurados pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, ensejando a propositura da ação competente contra o Administrador Público, desonesto, incompetente ou negligente.

Instaurado o procedimento administrativo para apuração de tais atos, pensamos que não há qualquer inconveniente que o mesmo seja levado ao conhecimento público, afinal, sendo a coletividade titular do patrimônio público, tendo, por essa razão, direito de saber o que é feito no trato da coisa pública, é conseqüência lógica que é titular do direito constitucional, assegurado pelo princípio da publicidade, de saber quais as ilegalidades que estão sendo atribuídas ao Administrador Público. Não há que se falar em atendimento ao princípio da publicidade, ou se preferir, transparência na Administração Pública, se o que é levado ao conhecimento público nada mais é do que uma série de inverdades manejadas no âmbito da Administração Pública.

4.2.2 Segredo/publicidade no atuar da administração pública

O conceito de Estado de Direito está associado ao tema da publicidade, de uma administração transparente, em oposição à administração fechada em si mesma.

Encontra-se latente certa idéia de que, por meio da ocultação da informação, retira-se do seio da instituição burocrática o tradicional sistema de privilégios, dificultando seu controle e responsabilidade.

O segredo administrativo constitui-se em regra geral que, opondo-se a todo princípio democrático, revela-se como a melhor fórmula para propiciar o “clientelismo”.

Bobbio (1989, p.83-84) enfatiza que “[...] é uma frase que nos ocorre ler, com poucas variantes, todos os dias, que pertence à natureza da democracia o fato de que nada pode permanecer confinado no espaço do mistério”. Acrescenta que se deve “[...] definir governo da democracia como governo do poder público em público [...]”.

A exigência de publicidade dos atos de Governo é importante não só para permitir ao cidadão conhecer os atos de quem detém o poder e, assim, controla-los, mas também

porque a publicidade é, por si mesma, uma forma de controle, um expediente que permite diferenciar o lícito do ilícito.

Medauar (1993, p.94-95) lembra que “[...] a Constituição de 1988 alinha-se à tendência de publicidade ampla, ou transparência da administração, que se detecta, de modo acentuado, a partir da década de 1970, invertendo a regra do segredo e do oculto que predominava”.

Apoiando-se em Celso Lafer, a mesma autora diz que:

[...] numa democracia, a visibilidade e a publicidade do poder são ingredientes básicos, posto que permitem um importante mecanismo de controle *ex parte populi*, da conduta dos governantes [...]. Numa democracia a publicidade é a regra básica do poder e o segredo, a exceção, o que significa que é extremamente limitado o espaço dos *arcana imperii*, ou seja, os segredos do Estado. (Ibid. p. 235-238)

Não obstante, deve-se ter consciência de que a tendência à ampla publicidade não deve estar em contradição com as zonas de lógicas e de temporal exceção do conhecimento público, âmbitos em que o sigilo está justificado por razões de interesse geral.

Decisão administrativa transparente é aquela que oferece, ao interessado, elementos suficientes para sua compreensão e, mais relevante, para sua fiscalização. Trata-se de ato que nada esconde, que fala por si mesmo. A transparência é o meio de controle da atividade administrativa pelos particulares e pelos outros poderes.

5 PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E NO PROCESSO DE LICITAÇÃO

5.1 Noção Sobre Atos de Administração

O *caput* do art. 37 da Constituição Federal estabelece que “A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade publicidade [...]”.

A interpretação permitida do dispositivo constitucional supracitado é a de que todo ato praticado no exercício da função administrativa, seja de qualquer dos três Poderes do Estado e em qualquer de suas esferas, é considerado ato da administração e, logo, sujeito a princípios nele indicados. (FERRAZ, 20--). Do mesmo modo, pode-se considerar como ato de autoridade “toda manifestação do poder público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las” (Ibid. p.66)

Nesse diapasão, segue-se a linha de Ferraz e também a corrente que adota o critério residualista para definir função administrativa. Segundo esse critério, observa-se que administrativa é toda função que não se identifica com a jurisdicional e a legislativa. Assim, conforme o autor:

[...] conquanto possa merecer críticas sob a perspectiva da rarefação de suas fronteiras conceituais, revela-se, contudo, útil, quando o objeto de estudo não é o próprio exame e classificação das diferentes estatais. Assim, se o que tem em vista [...] é uma atividade (*in casu*, o controle), que incide sobre uma das funções estatais (no caso, a administrativa), não há prejuízo científico na aceitação da conceituação residual, até porque jurisdição (aplicação, ao caso concreto, de uma norma genérica e apriorística, de composição de condutas conflitantes ou reciprocamente resistentes) e legislação (produção e edição da antes referida norma) constituem conceitos com alto teor de univocidade de sentido. (Ibid. p. 64-73).

Na mesma linha, Di Pietro (1995, p.55-56), ao definir o que vem a ser Administração Pública em sentido subjetivo, considerando como tal “[...] os sujeitos que

exercem a atividade administrativa [...]”, esclarece não ser privilégio do Poder Executivo o exercício da função administrativa uma vez que, como o regime constitucional não adota o princípio da separação absoluta de atribuições, e sim o da especialização de funções, os demais Poderes do Estado também exercem além de suas atribuições predominantes – legislativa e jurisdicional – algumas funções tipicamente administrativas. Tais funções são exercidas, em parte, por órgãos administrativos existentes no âmbito dos dois poderes (as respectivas Secretarias) e, em parte, pelos próprios parlamentares e magistrados; os primeiros, por meio das chamadas leis de efeito concreto, que são leis apenas em sentido formal. Porque emanadas do Legislativo e obedecem ao processo de elaboração das leis, mas são verdadeiros atos administrativos, quanto ao seu conteúdo; os segundos, por meio de atos da natureza disciplinar, atos de provimento de seus cargos, atos relativos à situação funcional dos integrantes do Poder Judiciário.

Acrescenta ainda que às vezes, a lei opta pela execução indireta da atividade administrativa, transferindo-a às pessoas jurídicas com personalidade de Direito Público ou Privado, que compõem a chamada Administração Pública do Estado. Por fim, define Administração Pública, em sentido subjetivo, como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas às quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.

A autora argumenta que,

[...] na forma que se decanta do art. 37, *caput*, da Lei Maior, a função administrativa pode até ser prioritariamente desempenhada pelo Poder Executivo, mas dele não é apanágio: desempenham-na, também, o Legislativo e o Judiciário, a administração direta e indireta (bem assim a fundacional), a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. (Ibid. p.66)

Acrescenta também, que em razão das delegações administrativas, constitucionalmente admitidas (concessão, autorização e permissão), dia a dia, transfere-se à função administrativa para a empresa privada, deixando, a mesma, de ser privativa do Estado. Essa expressiva flexibilização da atividade estatal, inclusive o modelo mais extremado

consistente nas privatizações, não mudará uma realidade segundo a qual a satisfação precípua da necessidade e do interesse público constitui o cerne eidético da função administrativa. A concretizá-la, o Estado – ou o particular que em seu nome, por qualquer figura de direito, atue – não está praticando atos de dono, que, como tal, gozaria do atributo da disponibilidade, em razão do qual poderia, inclusive, despir-se da função. Ao realizar efetivamente tais deveres, por si ou por terceiros, está o Estado empenhado numa relação de administração. E, como tal, sujeito – bem como, assim também, sujeitos os particulares que façam suas vezes – a todo plexo de mecanismos de controle, como é curial que ocorra com todos os que não estão a braços com mera relação de propriedade.

A autora conclui que mesmo quando a execução da função administrativa se separa, intensamente, quanto à identidade do executor, da figura do Estado, ainda assim o tema do controle incide incisivamente, como conseqüência inafastável da constatação de que, na base de todas essas atuações, existe o estatuto típico da relação de administração.

Observa-se, ademais, que, dentre os atos de administração, incluem-se: os de direito privado (como os contratos de locação e compra e venda); os que não exprimem manifestação de vontade (como a realização de um serviço); os denominados “[...] de conhecimento [...]”, e juízo ou valor, que também não expressam vontade (como as certidões de que tratamos anteriormente); os políticos; os contratos, os atos administrativos normativos e os demais atos administrativos, a cujos princípios, ditados pelo art. 37, estão igualmente atrelados.

Ressalta-se que o princípio da publicidade exige a ampla divulgação dos atos praticados, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei. sendo a publicidade um princípio de ordem pública aplicável mesmo na esfera do direito privado, em regra, qualquer ato de administração está sujeito a este princípio, mesmo aqueles considerados da esfera do direito privado. A dispensa da publicidade é excepcional, devendo ser autorizada por lei.

Conseqüentemente, é o próprio texto constitucional que demarca os limites a que está sujeito o administrador público no tocante à divulgação de seus atos ou obras, ou serviços que gere. E é, também, a Lei Maior em contrapartida que sanciona a divulgação operada em afronta às suas disposições.

5.2 Publicidade dos Atos Administrativos

A publicidade constitui elemento essencial do ato administrativo. Daí decorre o fato de que todo ato administrativo deve ser publicado, porque é a Administração que o realiza, exceção feita apenas aos casos previstos em lei como sigilosos (como os de segurança nacional, investigações policiais ou de interesse superior da administração, preservado em processo previamente sigiloso).

Cretella Júnior (1983, p.303) assinala que:

[...] atos administrativos há que exigem publicação no Diário Oficial. Essa publicação é essencial: enquanto não se der, o ato não se diz nulo, mas incompleto. Há, em direito administrativo, como em direito privado, com o mesmo e maior rigor do que neste, formas prescritas em lei, e outras que a lei permite. A omissão da forma prescrita ou o uso daquela que a lei proíbe – gera a nulidade da medida.

Portanto, a publicidade considera-se inerente a todo ato administrativo, uma vez que este somente passa a ter eficácia e validade, relativamente aos administrados, no momento em que dele tomem ciência. Por outro lado, por intermédio da publicidade, toma-se conhecimento do ato administrativo e dele podem-se interpor eventuais recursos cabíveis. Na inexistência desse requisito essencial deixam-se fluir os prazos para a impugnação administrativa ou anulação judicial, quer o de decadência, para impetração do mandado de segurança, quer os de prescrição da ação cabível.

A publicidade materializa-se pela exteriorização do ato na publicação ou na notificação, esta, em se tratando de interesse individual. Pela publicação, o ato administrativo

unilateral torna-se conhecido de todos, o que acontece de modo mais amplo, como no caso das leis, quando a medida é inserida em jornal oficial ou, mais restritamente, quando é afixada em quadro na própria repartição. Pela notificação individual, toma o administrado ou funcionário conhecimento do conteúdo do ato.

Como consequência da publicidade e do conhecimento do ato administrativo, tem-se a validade dos efeitos, diretos ou indiretos, relacionados com situações individuais ou terceiros, obrigando também a administração e órgãos administrativos. Em matéria de publicidade do ato administrativo, a posição tradicional considera ser ela um requisito que faz a eficácia do respectivo ato. Sustenta-se, desta maneira, que um ato pode ser válido quando preenche todos os requisitos essenciais (competência, finalidade, forma, motivo e objeto) mas ao mesmo tempo ineficaz (não produzindo efeitos), se não lhe for dada publicidade.

Para Cintra (1979, p.130), deve-se dar publicidade, inclusive, da motivação dos atos administrativos. Explica que:

[...] a motivação se destina a ser conhecida não apenas pelo interessado direto no ato administrativo motivado, mas ainda pelos superiores hierárquicos do agente público que editou, pelo juiz, pelo público em geral, a fim de que possa atingir as múltiplas finalidades que lhe são atribuídas. Assim, em regra, a mesma publicidade que deve ser dada ao ato administrativo motivado deve abranger a sua motivação. Não se pode, portanto, limitar a publicidade ao conteúdo do ato, ao seu elemento decisório.

Acrescenta o mesmo autor que

[...] pela mesma razão, quando se tratar de motivação *aliunde*, é preciso que o ato que a contém tenha sido também publicado, e seja acessível pelo menos ao interessado, pois de outra forma frustram-se os objetivos que justificam a própria existência do instituto. (Ibid.)

Di Pietro (1995, p.175) entende que:

[...] a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia da legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado.

Dessa forma, a publicidade

[...] abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento de conduta interna de seus

agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para fins constitucionais. (MEIRELLES, 2000, p.87)

Logo, faz-se necessário estudar a publicidade do ato administrativo normativo ou individual, desde a sua concepção, como também as formas pelas quais os administrados podem participar ativamente na sua formação.

5.3 Publicidade nas Licitações

A ampla publicidade no processo de licitação pressupõe a igualdade de possibilidades entre os concorrentes no certame.

Laubadère (1963, p.291) justifica que tal princípio visa suscitar a concorrência e garantir a igualdade entre os participantes. Acrescenta que:

[...] esta publicidade é destinada não só a informar os concorrentes eventuais da abertura da licitação, como também a lhes dar conhecimento das condições gerais do contrato, contidas no caderno de encargos. Essas condições gerais contêm, habitualmente, a indicação do preço, ou seja, o *quantum* que a Administração oferece ao adjudicatário pelo contrato.

Debbasch apud Cretella Júnior (1992, p.2148) ensina que:

[...] o processo licitatório deve ser objeto de tal publicidade que todos os licitantes, em estado de contratar com o Estado, sejam informados das intenções da Administração. Regra geral, as propostas são abertas a todos, mas a Administração pode afastar, seja de modo geral, seja por ocasião de uma licitação, as empresas que não oferecem garantias suficientes.

Assim dispõe o inc. XXI do art. 37 da CF/88:

[...] 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 .

Conforme opinião de Garcia (1995, p.10):

[...] a publicidade é elemento da essência do processo licitatório: se a lei busca preservar o atendimento ao princípio da isonomia no acesso dos interessados à realização dos serviços e todas as modalidades *ad negotia* dos particulares com a Administração Pública e, por outro lado, garantir a seleção ou escolha da proposta mais vantajosa ao interesse público – a publicidade dos atos desse processo demonstra-se de fundamental importância.

São viciadas as disposições que impeçam os concorrentes de fiscalizar a lisura dos vários atos e termos processuais.

Dentre os vícios podemos destacar os seguintes: violação do dever de publicidade, por divulgá-lo de modo insuficiente quanto à forma ou o prazo legalmente previstos; estabelecimento de trâmites processuais cerceadores da liberdade de fiscalizar a lisura do procedimento, por retirarem dos participantes a possibilidade de acompanhar a licitude do certame e a isonomia no tratamento a eles.

Laubadère (Op.Cit.) afirma que o descumprimento do requisito ou o seu cumprimento irregular constitui vício de forma – capaz de acarretar nulidade absoluta ou relativa, conforme o caso. Do mesmo modo, se produz vício de forma – este gerando nulidade absoluta – quando, na licitação, ocorre quebra ao princípio da igualdade.

A publicidade dos atos da licitação é princípio que abrange desde os avisos de sua abertura até o conhecimento do edital e seus anexos, o exame da documentação e das propostas pelos interessados e o fornecimento de certidões de quaisquer peças, pareceres ou decisões com ela relacionadas. É em razão desse princípio que se impõe a abertura dos envelopes da documentação e proposta em público e a publicação oficial das decisões dos órgãos julgadores e do respectivo contrato, ainda que resumidamente (MEIRELLES, 1993, p.249).

A observância da publicidade nas licitações visa garantir a qualquer interessado as faculdades de participação e de fiscalização dos atos da licitação.

Nesse sentido, Justen Filho (2005, p.54):

A publicidade desempenha duas funções. Primeiramente, objetiva permitir o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se, nesse aspecto, à universalidade da participação no processo licitatório. Depois, a publicidade orienta-se a facultar a verificadoda regularidade dos atos praticados. Parte-se do pressuposto de que as pessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta. Sendo ilimitadas as condições de fiscalização, haverá maior garantia de que os atos serão corretos. Perante a CF/88, a garantia foi ampliada (art. 5º, inc. XXXIII).

Diante do exposto, verifica-se uma real necessidade de observar o princípio da publicidade nas licitações públicas, do contrário seria impossível acontecer a possibilidade de participação dos interessados e a fiscalização por parte de todos os administrados. Afinal, o princípio da publicidade impõe a divulgação e a possibilidade de pleno conhecimento por todos os interessados acerca da existência da licitação, do conteúdo do instrumento convocatório e das decisões da comissão de licitação.

5.4 O Princípio da Publicidade na Lei Federal n.º 8.666/93

A Lei Federal n.º 8.666/93, em seu art.3º, destaca que a licitação será processada e julgada em estrita conformidade, dentre outros, com o princípio da publicidade. Esse princípio, para o tópico em análise, está materializado no seu art. 21, que determina a publicação dos avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, no diário oficial pertinente e em jornal diário de grande circulação, com antecedência mínima de trinta ou quarenta e cinco dias, conforme o caso, da data de recebimento das propostas ou da realização do evento.

Nesse sentido, Rigolin (2005) observa que já se afirmou que, se publicidade é princípio, é também norma, regra objetiva e normativa, concreta, materialmente compreensível e exigível por força do que dispõe o art.21 da Lei 8.666.

Essa publicação dos avisos com os resumos dos editais das concorrências é que vai permitir que os interessados (cidadãos, futuros licitantes, imprensa, Ministério Público, etc.) tomem conhecimento das licitações promovidas pelos órgãos públicos, possam acompanhar o seu desenvolvimento (art.4º), pedir esclarecimentos (art.40, VIII), apresentar

impugnações (art.41, § 1º), representar contra ato da Administração (art.109, II), tudo no âmbito do Estatuto Licitatório.

Será essa publicação que ensejará, quando cabível e necessário, a impetração de mandado de segurança, ação popular, *habeas data*, entre outros, e a representação ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público.

Lembre-se, ainda, por oportuno, a dicção do art. 63 da lei supracitada: Art. 63. “ É permitido a qualquer licitante o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório e, a qualquer interessado, a obtenção de cópia autenticada, mediante pagamentos de emolumentos devidos”.

Justen Filho (2005) entende que ao assegurar o acesso de terceiros aos documentos da licitação, a lei pretende não apenas evitar contratações sigilosas, mas, também, dissuadir a prática de irregularidades. A tentação da desonestidade é repelida pela certeza de que, a qualquer momento, ela poderá ser revelada ao público.

5.4.1 A pré-qualificação

A pré-qualificação é permitida e regulamentada pelo artigo 114 da Lei Federal n.º 8.666/93:

Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados. § 1º A adoção do procedimento de pré-qualificação será feita mediante proposta da autoridade competente, aprovada pela imediatamente superior. § 2º Na pré-qualificação serão observadas as exigências desta Lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação.

O artigo em análise é sucinto na regulamentação da pré-qualificação. Ele autoriza o seu uso apenas nas concorrências, impõe o seu emprego nas hipóteses em que o objeto da licitação recomende análise pormenorizada da qualificação técnica dos interessados – aqui no

sentido estrito de licitantes – e determina que a adoção deste procedimento deverá ser aprovada pela autoridade superior.

A principal diferença entre uma concorrência comum e outra precedida de pré-qualificação é que na primeira os envelopes contendo as propostas são entregues junto com a documentação, mas só são abertos os envelopes das empresas habilitadas, enquanto que na outra só as empresas pré-qualificadas podem apresentar propostas. Em ambas as concorrências, só são consideradas as propostas das empresas habilitadas, isto é, aquelas que, segundo a Administração, provaram que têm condições de cumprir os termos contratuais.

O parágrafo segundo do artigo em análise frisa que na pré-qualificação deve-se observar as exigências da Lei 8.666/93 relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação.

Esse destaque mostra que, para o legislador, as concorrências precedidas de pré-qualificação não são outras modalidades de licitação; nelas apenas há uma divisão do procedimento licitatório, com a entrega da documentação de habilitação em momento distinto daquele da entrega das propostas técnicas e/ou comerciais.

Essa redação deixa claro que a divulgação da licitação precedida de pré-qualificação deve obedecer às formas e aos prazos estabelecidos no art.21 da Lei 8.666/93, isto é, publicação no diário oficial pertinente, e em jornal diário de grande circulação, do aviso contendo os resumos dos editais das concorrências, com antecedência mínima até o recebimento das propostas ou do evento de 45 dias (regime de empreitada integral ou licitação do tipo melhor técnica ou técnica e preço) ou 30 dias (nos outros casos).

A Pré-qualificação dos licitantes tem sido muito utilizada pela Administração Pública na contratação de obras e serviços, e na aquisição de produtos e equipamentos. Verificamos, porém, que algumas concorrências precedidas de pré-qualificação prevêem o envio de convite direto às empresas pré-qualificadas para apresentarem suas propostas

comerciais, sem que essa convocação seja publicada na imprensa oficial pertinente nem em jornal de grande circulação, violando, no nosso entendimento, o princípio constitucional da publicidade, materializado, no âmbito das licitações públicas, no art. 21 da Lei 8.666/93.

Em outras concorrências precedidas de pré-qualificação, verificamos que o prazo mínimo estabelecido para a apresentação das propostas – art.21, §2º, trinta ou quarenta e cinco dias, conforme o caso está sendo irregular e arbitrariamente abreviado, também violando aquele princípio.

Constatamos, ainda, que alguns regulamentos licitatórios da Administração indireta incidem nas mesmas violações ao estabelecerem os procedimentos para a realização de concorrências precedidas de pré-qualificação, sem prever a publicação da convocação para a apresentação das propostas comerciais das empresas pré-qualificadas e reduzindo o prazo entre a convocação e a apresentação das propostas.

Estas violações são graves, pois o administrador público está vinculado à lei para poder agir. Neste sentido Bastos (1996 p.25) enfatiza:

Já quando se trata de analisar o modo de atuar das autoridades administrativas, não se pode fazer aplicação do mesmo princípio, segundo o qual tudo o que não for proibido é permitido. É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. É ela criada pela Constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer.

Ademais, essas violações arbitrárias e inconstitucionais impedem que os cidadãos exerçam com plenitude o direito constitucional de fiscalizar as atividades da Administração Pública.

5.4.2 A publicidade dos editais das concorrências

Nas licitações comuns, onde são entregues na mesma ocasião os envelopes contendo a documentação, a proposta técnica (se houver) e a proposta comercial, o edital da

licitação fornece todos os documentos e informações exigidos no art.40 da Lei 8.666/93. Em um só momento, os interessados (cidadãos, futuros licitantes, imprensa, Ministério Público, etc.) tomam conhecimento das exigências de habilitação (inciso VI) e das condições para elaboração, apresentação e julgamento das propostas (incisos VI, VII, X, XI, XIII, §2º, etc.). Assim, podem pedir esclarecimentos e apresentar impugnações sobre todos os aspectos da licitação, bem como impetrar mandado de segurança e ação popular, se cabíveis.

Nessas licitações, a publicação no diário oficial pertinente, e em jornal diário de grande circulação, do aviso contendo os resumos dos editais das concorrências, com a antecedência mínima fixada na lei, é suficiente para garantir o direito dos interessados (cidadãos, licitantes, imprensa, fornecedores, etc.) de conhecer os atos da Administração, deles pedir esclarecimentos e, eventualmente, impugnar e/ou contestar.

Nas concorrências precedidas de pré-qualificação há uma cisão do momento de entrega da documentação e das propostas. Numa primeira data são recebidos os envelopes contendo a documentação para a pré-qualificação. Após a análise da mesma, é divulgada a relação das empresas pré-qualificadas. Em um segundo momento, estas empresas são convocadas a apresentarem suas propostas técnicas e/ou comerciais.

Em função dessa cisão, serão elaborados dois editais distintos, o primeiro abrangendo apenas a fase de pré-qualificação (inciso VI do art.40) e o outro restrito às propostas técnicas e/ou comerciais (incisos VI, VII, X, XI, XIII, §2º, etc., do art.40), com eventual confirmação das condições da pré-qualificação. O princípio da publicidade se aplica aos dois editais, pois o direito dos interessados de conhecer os atos da Administração, deles pedir esclarecimentos e, eventualmente, impugnar e/ou contestar, abrange todas as fases das licitações.

Enquanto os licitantes pré-qualificados obterão os dois editais, os demais interessados (cidadãos, imprensa, licitantes desqualificados, fornecedores, etc.) só tomarão conhecimento do segundo edital se ele for publicado nos moldes do §2º do art.21.

A lei não fixa o período máximo que poderá decorrer entre a divulgação do resultado da pré-qualificação e a realização da segunda fase das concorrências, com o recebimento das propostas, ou seja, não há limite legal para a validade da pré-qualificação efetuada.

No exercício do seu poder discricionário, os Administradores públicos têm deixado de estabelecer qualquer prazo – como, por exemplo, a Secretaria Municipal de Habitação de São Paulo⁴, ou fixado prazos variados, alguns até muito extensos – por exemplo, a Transpetro⁵ prevê um período de até 2 anos para a convocação de apresentação das propostas comerciais.

Isso mostra que, sem que sejam realizadas aquelas publicações oficiais obrigatórias dos avisos com os resumos dos editais das concorrências, tornar-se-á muito difícil aos interessados (cidadãos, imprensa, licitantes desqualificados, fornecedores, etc.) tomar conhecimento em tempo hábil da realização da segunda fase das concorrências precedidas de pré-qualificação, praticamente impedindo-os de exercerem suas prerrogativas constitucionais e administrativas.

5.4.3 Prazos das publicações dos editais das concorrências

O princípio da publicidade não se esgota com as publicações dos avisos dos editais das duas fases na imprensa oficial e em jornal diário de grande circulação, mas abrange, também, o respeito à antecedência mínima preconizada pela lei para essas publicações. Este

⁴Concorrência Pública nº 008/2003 – SEHAB/HABI

⁵TRANSPETRO, Edital de Pré-Qualificação nº 1/2004.

período é um direito dos interessados e não pode ser reduzido arbitrariamente pela Administração.

Nas concorrências corriqueiras, nas quais são entregues na mesma ocasião os envelopes contendo a documentação, a proposta técnica (se houver) e a proposta comercial, é impensável reduzir-se os prazos fixados pelo §2º do art.21 da Lei 8.666/93, ou seja, publicação do aviso da concorrência com antecedência mínima até o recebimento das propostas ou do evento de 45 dias (regime de empreitada integral ou licitação do tipo melhor técnica ou técnica e preço) ou 30 dias (nos outros casos).

Assim, os interessados (cidadãos, futuros licitantes, imprensa, Ministério Público, etc.) nessas licitações desfrutam daqueles prazos legais para tomar conhecimento do edital, verificar as condições de participação, preparar a documentação de habilitação e suas propostas, bem como para pedir esclarecimentos, apresentar impugnações, recursos administrativos e medidas judiciais eventualmente cabíveis.

Nas concorrências precedidas de pré-qualificação, normalmente os prazos fixados no art.21, §2º, da Lei 8.666/93 são respeitados quando da publicação do aviso do edital de pré-qualificação. Assim, os interessados dispõem do período legal para tomar conhecimento do edital, verificar as condições de participação, preparar a documentação necessária à pré-qualificação, bem como para pedir esclarecimentos, apresentar impugnações, recursos administrativos e medidas judiciais eventualmente cabíveis

Entretanto, na ocasião da publicação do aviso do edital de convocação para apresentação das propostas das empresas pré-qualificadas – ou na expedição do convite direto àquelas empresas sem a devida publicação, o que combatemos pela flagrante ilegalidade – nem sempre os prazos determinados no art.21, §2º, da Lei 8.666/93 são atendidos, havendo arbitrária redução do período assegurado pela lei aos interessados para tomar conhecimento do

edital, preparar suas propostas, bem como para pedir esclarecimentos, apresentar impugnações, recursos administrativos e medidas judiciais eventualmente cabíveis.

Não há justificativa legal para essa redução. O dispositivo normativo é enfático ao determinar antecedência mínima até o recebimento das propostas ou do evento de 45 dias (regime de empreitada integral ou licitação do tipo melhor técnica ou técnica e preço) ou 30 dias (nos outros casos).

Igual atenção deve ser dada à fixação dos prazos para aquisição dos editais, visita ao local das obras ou serviços (quando exigida) e depósito da caução de participação (quando requerida), que devem respeitar os períodos mínimos fixados no art.21, §2º da Lei 8.666/93. O Tribunal de Contas da União já decidiu nesse sentido.⁶

Em outras concorrências precedidas de pré-qualificação, verifica-se que o prazo mínimo estabelecido para a apresentação das propostas – art.21, §2º, trinta ou quarenta e cinco dias, conforme o caso está sendo irregular e arbitrariamente abreviado, também violando aquele princípio.

Constata-se, ainda, que alguns regulamentos licitatórios da Administração indireta incidem nas mesmas violações ao estabelecerem os procedimentos para a realização de concorrências precedidas de pré-qualificação, sem prever a publicação da convocação para a apresentação das propostas comerciais das empresas pré-qualificadas e reduzindo o prazo entre a convocação e a apresentação das propostas.

Estas violações são graves, pois o Administrador público está vinculado à lei para poder agir. Neste sentido Bastos (Ibid. p.25) enfatiza:

Já quando se trata de analisar o modo de atuar das autoridades administrativas, não se pode fazer aplicação do mesmo princípio, segundo o qual tudo o que não for proibido é permitido. É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. É ela criada pela Constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer.

⁶Decisão nº. 310/94 – TCU, DOU de 15/6/94, p. 8705

Ademais, essas violações arbitrárias e inconstitucionais impedem que os cidadãos exerçam com plenitude o direito constitucional de fiscalizar as atividades da Administração Pública.

O sistema jurídico brasileiro integra diversos princípios norteadores da atividade administrativa, que devem ser aplicados por todos que, direta ou indiretamente, lidem com recursos públicos, sob pena de, em caso de inobservância, serem devidamente responsabilizados administrativa, civil, e penalmente pela dilapidação do patrimônio público.

Assim, para evitar violar o princípio constitucional da publicidade, o administrador público, nas concorrências precedidas de pré-qualificação, deve adotar o seguinte procedimento:

1. Publicação do aviso do edital da concorrência precedida de pré-qualificação na imprensa oficial pertinente e em jornal de grande circulação, com antecedência mínima até o recebimento da documentação de 45 dias (regime de empreitada integral ou licitação do tipo melhor técnica ou técnica e preço) ou 30 dias (nos outros casos);

2. Observar os prazos fixados no art.21, §2º na determinação das datas limites de aquisição dos editais, visita ao local das obras ou serviços (quando exigida) e depósito da caução de participação (quando requerida);

3. Publicação na imprensa oficial dos demais atos administrativos praticados no curso da pré-qualificação, até a divulgação final das empresas pré-qualificadas;

4. Publicação do aviso do edital de convocação para apresentação de propostas técnicas e/ou comerciais na imprensa oficial pertinente e em jornal de grande circulação, com antecedência mínima até o recebimento das propostas de 45 dias (regime de empreitada integral ou licitação do tipo melhor técnica ou técnica e preço) ou 30 dias (nos outros casos);

5. Publicação na imprensa oficial dos demais atos administrativos praticados no curso do julgamento das propostas, até a contratação da empresa vencedora da licitação.

6 LICITAÇÃO

É claro que a Administração Pública não é auto-suficiente no sentido de atender aos interesses públicos primários e secundários, tendo, na maioria das vezes, que se socorrer no mercado, contratando particulares, pessoas físicas e jurídicas, com capacidade para suprir estas demandas.

Objetivando a satisfação de interesses públicos, inúmeras relações contratuais são celebradas tendo por objeto uma gama das mais variadas possíveis. Tais relações, via de regra, são efetivadas mediante contratos administrativos.

É normal que todas as pessoas busquem a melhor proposta quando da realização de negócios:

[...] essa busca é, para umas, facultativa, e para outras, obrigatória. Para as pessoas particulares é facultativa. Para, por exemplo, as públicas (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município, autarquia) e governamentais (empresa pública, sociedade de economia mista, fundação), é, quase sempre, obrigatória [...] (GASPARINI, 2000, p.375)

Diferentemente dos particulares que gozam de total liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, ou ainda contratar a execução de determinada obra ou a prestação de determinado serviço, o Poder Público necessita, por força não apenas de dispositivo consignado em lei ordinária,⁷ mas também, e principalmente, em razão de mandamento constitucional⁸ e dos princípios que norteiam as ações administrativas, instaurar previamente a licitação.

⁷A Lei Federal nº. 8.666/93, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI da CF/88 e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, dispõe em art. 2º; “ As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas em Lei”.

⁸Artigo 37. 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 a garantia do cumprimento das obrigações.”

Em verdade, **o princípio da licitação é uma realidade categórica**, que conforma, em nosso país, o sistema jurídico das contratações administrativas. E, como tal, está consagrado no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

Extrai-se do mandamento constitucional supracitado, a obrigatoriedade imposta ao Poder Público de instaurar previamente a competição entre os eventuais interessados, por meio da licitação pública, ao contratar com terceiros. A contratação direta, ou seja, sem licitação, constitui-se em exceção a esta regra de caráter geral.

Assim, tem-se como atual as lições de Meirelles (1990, p.16) no sentido de que

[...] a licitação se constitui no antecedente necessário do contrato administrativo e este, por sua vez, é o conseqüente lógico da licitação. A licitação é o procedimento administrativo preparatório do contrato; é condição para a sua formalização. Pela licitação se seleciona a melhor proposta; pelo contrato se vinculam as partes para a consecução de seu objeto.

Cabe ressaltar que a licitação não é o único caminho pelo qual a Administração Pública adquire, aliena, enfim celebra contratos. Não se pode olvidar, como afirmado, que a regra a ser observada quando o Poder Público contrata com terceiros é a instauração prévia da licitação.

Porém pode o caso concreto se subsumir a uma das hipóteses legais da licitação dispensável ou inexigível, fato este que autoriza o afastamento do competitivo com a conseqüente contratação direta⁹.

Assim sendo a figura jurídica da licitação apresenta-se como importante instrumento de controle da moralidade e da probidade na atuação administrativa, pois possibilita a escolha de um contratante e sua proposta com absoluta isenção de quaisquer fatores ou elementos subjetivos, permitindo a eleição da oferta mais vantajosa para a Administração Pública. Dessa forma estará cumprindo o princípio da eficiência, atuando com presteza, prestabilidade e economicidade.

⁹Conforme artigos, 17, 24 e 25 da Lei nº 666/93.

6.1 Breve Histórico

Na década de 1960, empregava-se a expressão concorrência, para designar a competição instaurada pela Administração Pública objetivando a busca da melhor oferta para uma determinada contratação. Nesse período não havia referência expressa à terminologia licitação.

Com a evolução do tempo e, ainda, da disciplina jurídica da matéria licitacional, concorrência, deixou de representar aquela idéia do passado constituindo-se, na atualidade, em uma das modalidades de licitação.

Com efeito, a expressão licitação significa uma competição prévia a um determinado contrato, a qual pode se realizar através de diferentes modalidades, conforme previsão contida no artigo 22 da Lei nº 8.666/93.

Não há, no plano doutrinário, uniformidade quanto a sua conceituação. Pacíficas são as posições dos estudiosos acerca de suas marcas essenciais, bem como de suas finalidades.¹⁰

A fim de que se possa fixar, desde logo, um conceito preciso de licitação, é mister, primeiramente, definirmos sua natureza jurídica, especialmente para determinar se estamos diante de um processo ou procedimento, levando-se em consideração os posicionamentos anteriormente assinalados.

O Constituinte de 1988, conforme se depreende de uma leitura do artigo 37, inciso XXI, ao tratar da questão pertinente às licitações, adota natureza processual. Por sua vez, a Lei nº 8.666/93 em algumas passagens faz alusão à natureza procedimental, e.g., artigo 4º, *caput* e parágrafo único.

¹⁰Ver nesse sentido Meirelles (1999).

O processo constitui-se em uma sucessão de atos, tendo por objetivo a resolução de um conflito de interesses, em que necessariamente deve ser respeitado o devido processo legal em seus dois aspectos (contraditório e ampla defesa).

O procedimento administrativo, por sua vez, e especificamente em matéria licitatória, orienta-se numa seqüência lógica de atos, na qual o antecedente vincula o conseqüente no intuito de alcançar a proposta mais vantajosa para a Administração, prestigiando o tratamento isonômico.

Bacellar Filho (1998, p.44) afirma que “[...] o procedimento é o gênero e o processo a espécie, distinguindo daquele pela participação em contraditório”.

Entende-se, assim, que o conceito de licitação se relaciona efetivamente com um procedimento administrativo, o que, à luz da lição do autor acima citado, não se incompatibiliza com o texto constitucional. É procedimento administrativo marcado pela característica processual da necessária garantia do devido processo legal.¹¹

Realmente, não obstante tratar-se de um encadeamento lógico de atos, sobre tal procedimento não há possibilidade alguma de se afastar a incidência do contraditório e da ampla defesa, os quais devem ser oportunizados de forma ampla em todas as suas fases.

Sinteticamente, é possível afirmar que licitação é um procedimento administrativo consubstanciado num conjunto de atos praticados de forma ordenada e sucessiva pelo Poder Público, visando à seleção da melhor oferta, em razão de um negócio jurídico que pretende celebrar por meio de um contrato.¹² Cada ato deste conjunto cumpre uma função específica no contexto geral.¹³

¹¹Laso (1978, p.9) leciona que “[...] la licitación es un procedimiento relativo a la forma de celebración de ciertos contratos, que tiene por objeto determinar la oferta mas ventajosa y del cual surge el vinculo contractual al finalizar el procedimiento com la resolución de adjudicación notificada al interesado.”

¹²Na mesma linha Cammarosano, Márcio. In Licitação e Mandado de Segurança – Inabilitação de Licitante – não provimento de Recurso Administrativo – Eficácia da Medida Liminar. ILC. Nº 42, ago./97, p. 587

¹³O art. 4º, parágrafo único da Lei nº. 8.666/93, dispõe que o “procedimento licitatório previsto nesta Lei caracteriza ato administrativo formal [...]” Note-se a impropriedade do legislador, pois a licitação não se caracteriza pela prática de apenas um ato, mas sim de vários atos.

De acordo com o magistério de Bandeira de Melo (2002, p. 468):

[...] licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos.

Por seu turno, Meirelles (2001, p. 256-257) leciona que:

[...] licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento licitatório, e o contrato subsequente.

A relação que se instaura entre a Administração Pública licitadora e os particulares que acodem ao chamamento público, estes denominados licitantes, contempla interesses opostos, na medida em que, de um lado, existe o interesse público a ser satisfeito de maneira ótima e, de outro, o interesse do particular em contratar com o Poder Público.

Sobre a perspectiva de que alberga interesses antagônicos é possível identificar-se as finalidades da licitação, especificamente para definir os objetivos a serem alcançados. Da inteligência do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, é possível concluir que a licitação cumpre duas finalidades básicas: garantir a isonomia na atuação administrativa e obter a proposta mais vantajosa para o Poder Público.

Instaurado o competitivo licitacional, abre-se a possibilidade de qualquer interessado formular sua proposta, participando, em igualdade de condições, com outros proponentes e, em caso de eventual vitória, com o Poder Público contratar.¹⁴ Assim, identificada está a primeira finalidade da licitação, qual seja, a observância do princípio constitucional da isonomia.

Garcia de Enterría e Fernández (1977, p.487) destacam que o procedimento licitatório, “[...] pretende garantizarse tanto la igualdad de los particulares como la obtención

¹⁴ É bem verdade que a possibilidade de participação fica condicionada ao atendimento das condições fixadas no ato convocatório.

por la Administración, a través de la competencia, de las condiciones más ventajosas para el interés público.”

De fato, em razão da licitação, nasce para a Administração Pública licitadora a possibilidade de selecionar e obter a melhor proposta para um dado objeto que satisfará o interesse público almejado.

Bandeira de Mello (2001, p. 485) leciona que

[...] a licitação visa alcançar duplo objetivo: proporcionar as entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares.

Destaca, por fim, o autor acima citado, que por meio da licitação

[...] atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito ao princípio da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, caput) – pela abertura de disputa do certame e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput e 82. V, da Carta Magna Brasileira. (Ibid).

Dessa forma, identificada está a outra finalidade do procedimento da licitação: selecionar a melhor oferta em razão de um negócio jurídico que pretende a Administração Pública celebrar.

Cabe salientar que tem sido evidenciada a tese de que a adoção do procedimento licitatório é prejudicial ao Poder Público. Alega-se que este acaba por pagar mais caro aquilo que contrata. A licitação possibilita sempre um bom negócio para o Estado, pois permite o controle da ação administrativa.

Não se pode afirmar é que o procedimento licitatório é lesivo aos cofres públicos, até porque se de alguma forma o for, o procedimento é ilegal e fere o substrato do próprio ordenamento aplicável. O que se espera da licitação é que ela possibilite ao Estado um bom negócio, satisfazendo as necessidades públicas.

Em termos comerciais, o negócio é bom para o Estado quando ele paga, pelo objeto do contrato, um preço compatível com os praticados no mercado. Ora, se o preço for superior aos praticados no mercado, a proposta deve ser desclassificada e compatibilizada com o mercado, sob pena de não prosperar o pretendido contrato.

É claro que o administrador está obrigado a obter, pela via dos procedimentos prévios ao negócio contratual, uma boa transação comercial e, na medida do possível, um excelente negócio.

É o princípio da maximização dos recursos públicos que autoriza a concluir por essa afirmação. Além do que, milita contra os que afirmam que a licitação é lesiva aos interesses públicos, o fato de que, sob o ponto de vista formal, o negócio só pode operar-se com o proponente que melhor ofertou, somente este podendo ser o adjudicado.

Ainda, sob o aspecto material, o negócio tem de ser obrigatoriamente compatível com o mercado. Assim, não é plausível a afirmação que a licitação é procedimento pouco vantajoso.

A licitação é um dos procedimentos hábeis a proporcionar à administração a concretização das suas relações contratuais. Trata-se, portanto, de procedimento prévio ao negócio contratual.

É necessária para possibilitar o controle da moralidade e probidade no processo de decisão administrativa, especialmente em relação àquelas que importam em despesas com recursos públicos.

Silva (2005, p.672) atribui tamanha importância ao instituto da licitação, a ponto de erigi-la a princípio instrumentalizador de outros princípios, conforme se pode constatar de sua lição, nestes termos registrada:

[...] licitação é um procedimento administrativo destinado a provocar propostas e a escolher proponentes de contratos de execução de obras, serviços, compras ou de alienações do Poder Público. O princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas

mais vantajosas para a Administração Pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público.

Desta feita, assinala-se a importância do instituto da licitação especialmente para o escopo de permitir a obtenção do melhor negócio para a Administração, a partir de condições isonômicas e competitivas, e da garantia de uma atuação administrativa proba, moral, eficiente, econômica e legal.

6.2 Fases do Procedimento

Classicamente o procedimento licitatório divide-se em duas fases, uma interna e outra externa. Na fase interna do certame são praticados todos os atos necessários e preparatórios para o desencadeamento da competição.

Nessa fase não há que se falar em participação de terceiros, particulares estranhos à Administração Pública licitadora. Qualquer ingerência de estranhos pode caracterizar uma afronta ao princípio da isonomia, na medida em que uma certa pessoa ou grupo de pessoas teriam, antecipadamente, acesso às pretensões da Administração, ou, ainda, dirigismos poderiam ocorrer no sentido de se estabelecer favorecimentos. Os atos praticados nesse passo do procedimento são puramente administrativos e meramente preparatórios, visando a um único resultado jurídico, ou seja, a deflagração da licitação e, por fim, a obtenção da melhor proposta para a Administração que satisfará o interesse público objetivado.

Nessa fase ocorre a autorização para a deflagração do procedimento, a averiguação da real necessidade da contratação, a verificação de existência de dotação orçamentária com saldo suficiente para fazer frente àquela pretensão, a estimativa do impacto orçamentário-financeiro, a elaboração da minuta do instrumento convocatório e respectivo termo contratual, sua aprovação jurídica etc.

Dallari (1997, p.85) ensina que:

[...] na fase preparatória do procedimento estariam os atos destinados a formar a intenção da Administração em abrir um chamamento público; fixar precisamente o objeto do futuro contrato; estabelecer as condições do certame; em caso de dúvida, proceder a uma avaliação estimativa da eventual despesa; em se tratando de órgão ou entidade cuja movimentação contábil seja regida pelas normas da contabilidade pública, verificar a existência de recursos orçamentários; determinar ou autorizar a abertura da licitação, bem como designar agentes administrativos especificamente encarregados do seu processamento etc.

Dessa forma, é o instrumento convocatório, chamado edital ou carta-convite, que a Administração licitadora, na fase interna do certame, fixa as regras e condições a serem observadas, não apenas por parte dos eventuais particulares interessados em formular propostas, mas também por ela própria.¹⁵

Ao fixar tais regras e condições, a Administração goza de uma liberdade restrita, pois “[...] a elaboração do edital subordina-se a regras vinculantes previstas em lei, a que se soma o exercício de escolhas discricionárias para a Administração Pública”. (JUSTEN FILHO, 2001, p.415).

Inicia-se, com a publicidade da licitação, a fase externa do certame, obrigando a Administração licitadora a dar total observância aos estritos termos do instrumento convocatório. Com efeito, esta vinculação ao ato convocatório decorre do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, sobre o qual mais adiante serão explicitadas maiores considerações, consubstanciado no art. 3º da Lei de Licitações presente, uma vez mais, no art. 41 deste Diploma Legal.

Após a publicidade legal, o edital torna-se a lei interna da licitação, ou ainda, de acordo com os ensinamentos de Di Pietro (1995, p.282) “[...] é preferível dizer que é a lei da licitação e do contrato, pois o que nele se contiver deve ser rigorosamente cumprido, sob pena de nulidade; trata-se de aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 3º da Lei nº 8.666.”

¹⁵ Edital é espécie do gênero ato ou instrumento convocatório, assim como a carta-convite também o é. Em licitações, na modalidade convite, o instrumento convocatório denomina-se, tecnicamente, carta-convite.

A propósito Dromi (1995, p.80) registra:

[...] los pliegos de bases y condiciones deben contener formuladas de manera impersonal y que sirven para mantener la igualdad de los oferentes. Son éstos la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes contratantes, debiendo sus previsiones respetarse y cumplirse sin que modificase una vez efectuado el llamado a licitación.

Na fase externa se instaura efetivamente a competição, ocorrendo o recebimento dos envelopes contendo a documentação e as propostas, bem como as sessões públicas destinadas à sua abertura, a decisão quanto à habilitação ou inabilitação de licitantes, o julgamento e a classificação de propostas, o processamento e julgamento dos eventuais recursos, enfim, todo o rito procedimental descrito no artigo 43 da Lei nº 8.666/93.

A conformação das fases interna e externa do procedimento licitatório ao ordenamento jurídico é pressuposto de validade da futura contratação.

6.3 As Licitações no Ordenamento Jurídico

O tratamento constitucional e infraconstitucional: o dever de licitar; a competência legislativa e o problema das normas gerais.

A disciplina jurídica regedora das licitações encontra fundamento quer no plano constitucional, quer no infraconstitucional, cabendo no escopo deste estudo ressaltar a sua obrigatoriedade por ocasião da celebração de negócios jurídicos públicos, assim como a competência legislativa das pessoas políticas que integram a Federação para a normatização da matéria.

No âmbito da Constituição cabe salientar, em especial, dois dispositivos aplicáveis à sua disciplina, o primeiro relacionado à competência legislativa (art. 22, inciso XXVII).¹⁶ e o segundo, ao dever legal de licitar (art. 37, *caput* e inciso XXI).¹⁷

¹⁶“Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas, diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e

Pelo comando do citado artigo 22, infere-se que à União compete legislar, de forma privativa, acerca de normas gerais de licitação e contratação, cabendo às demais pessoas políticas (Estados-Membros, Municípios, Distrito Federal), a faculdade de disciplinar questões relativas às normas específicas que envolvem a matéria.

Neste ponto a grande questão que se apresenta é a conceituação clara e objetiva de normas gerais e normas específicas, com a finalidade de se fixar os limites legislativos conferidos pela Carta de 1988 às pessoas políticas acima nominadas.

Conceituar norma geral trata-se, em verdade, de tarefa difícilíssima e que há muito vem sendo discutida no plano da doutrina. Por esta razão adota-se um critério negativista ou residual para se chegar a uma conclusão. Assim, em outras palavras e de uma forma despretensiosa e infinitamente mais sintética, pode-se afirmar que não são normas gerais aquelas que descem a detalhes, preciosismos, especificidades.

De outra sorte, defende-se como critério delimitador de seu conceito a análise dos elementos contidos na Carta Magna de 1988, de onde se pode concluir tratar-se de norma geral todas aquelas relacionadas, e.g., à observância dos princípios da Administração Pública, é obrigatoriedade de contratação somente mediante procedimento seletivo prévio de licitação (o dever legal de licitar), à garantia da competitividade e da igualdade no certame etc.

A importância da exata compreensão e distinção entre normas gerais e específicas em matéria de licitação reside justamente na possibilidade que têm os Estados-Membros, os Municípios e o Distrito Federal de, ao legislarem sobre tal matéria, fixarem regras diversas das estabelecidas para a Administração Pública Federal, respeitando, porém todo o conteúdo

Municípios, obedecido o disposto no art. 37. XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, parágrafo 1º, III [...].”

¹⁷“Art. 37 – a Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, do seguinte”. XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

jurídico determinado no artigo 37 caput e inciso XXI, exatamente pela necessidade de conferir a estes aspectos um tratamento uniforme em todas as unidades da Federação, vez que esta é a orientação do próprio texto constitucional.

Para tanto, vale registrar a valiosa lição de Borges (1991, p.22) nestes termos encontrada: “[...] são normas gerais aquelas que, por alguma razão, convém ao interesse público sejam tratadas por igual, entre todas as ordens da Federação, para que sejam devidamente instrumentalizados e viabilizados os princípios constitucionais com que têm pertinência.

Dessa forma, será norma geral toda aquela que, relacionada aos aspectos acima citados, possui um âmbito de incidência nacional, circunscrevendo-se a qualquer pessoa política, de qualquer dois níveis da Federação, podendo-se definir como leis nacionais; leis que não se circunscrevem ao âmbito de qualquer pessoa política, as que os transcendem aos três. Não se confundem com a lei federal, estadual ou municipal e têm seu campo próprio e específico, excludente das outras três e reciprocamente.

Aplicam-se às licitações, além dos preceitos de natureza constitucional, todo um arcabouço de normas ordinárias ou infraconstitucionais. Para os fins aqui pretendidos, a ênfase será dada à análise da Lei Federal nº 8.666/93, a qual regulamenta o aludido artigo 37, inciso XXI e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, salientando, se oportuno, a influência de outros Diplomas Legais, a exemplo da Lei Complementar nº. 101/2000.

A disciplina infraconstitucional das licitações vem ao longo dos últimos anos, sofrendo profundas e inúmeras transformações em razão da edição de Medidas Provisórias, Leis e Decretos, forçando-se a salientar que ditas transformações devem observar uma exata e adequada compatibilização com o texto constitucional, especialmente no que se refere ao

dever legal de licitar, à incidência dos princípios da Administração Pública e à necessidade de igualdade e competitividade nos certames, situação esta que nem sempre se verifica.

6.4 Os Princípios Jurídicos Incidentes nas Licitações; a Força Normativa; a Idéia de Legalidade Ampla: A Constituição Federal e a Lei nº 8.666/93.

Princípio é um postulado de ordem genérica que dá unidade e coerência a um sistema normativo. É uma formulação de conteúdo fundamental. Não há sistema que ignore princípios, todos os possuem. Os princípios funcionam como um dispositivo de segurança.

Sundfeld (1994) assinala que se tratam de mandamentos de hierarquia superior à das meras normas e regras. Caracterizam-se como um alicerce, posto como sustentáculo de todo o ordenamento jurídico.

Nessa linha de raciocínio, os princípios constitucionais, na lição de Rocha (Op.Cit. p.25):

[...] são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas-mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional.

Os princípios funcionam como uma linha direcional do trabalho hermenêutico. Vale destacar que nenhuma ação administrativa poderá ser sustentada quando em conflito com qualquer dos princípios norteadores da Administração Pública.

Se mais de um caminho se apresentar ao intérprete, este deverá recorrer à questão principiológica, buscando, dentre as diversas soluções possíveis, a mais compatível com os princípios jurídicos incidentes, devendo rejeitar, de plano, as que eventualmente se apresentem como violadoras ou ofensivas. (JUSTEN, op. Cit).

Para Pla Rodríguez (1998, p.22), princípios seriam as

[...] líneas directivas que informan algunas normas y inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos.

Por seu turno, Canotilho (1992, p.173) assinala que

[...] os princípios são multifuncionais. Podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo denotar a *ratio legis* de uma disposição [...] ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito.

Os princípios têm sua fonte nascedoura na Constituição, lei fundamental do país, que contém normas alusivas ao reconhecimento e à garantia dos direitos fundamentais do ser humano e do cidadão, à organização básica do Estado e às formas, limites e competências do exercício do Poder Público.

Diniz (1992, p.12-13) assinala que “[...] é da essência da Constituição ser limitadora dos poderes públicos, que não podem agir senão de acordo com ela. As normas constitucionais restringem a sua órbita de ação [...]”.

E mais adiante arremata

[...] a Constituição tem por escopo privilegiado o princípio da constitucionalidade e o da legalidade, controlar a ação do Poder Público, não podendo, portanto, outorgar competências incontroláveis, que desequilibrem o uso dos poderes, que sirvam à opressão, aos interesses dos governantes, que sejam instrumentos de desordem e anarquia. (Ibid.)

A Constituição Federal é enfática ao dizer que se aplicam à Administração Pública, dentre outros que indica, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.¹⁸ A compreensão destes princípios é essencial para que se possa entender a licitação como realidade própria de um sistema.

Todavia, diga-se uma vez mais, Rocha (Op. Cit. p.249):

[...] os princípios constitucionais não se encontram todos expressos, havendo e obrigando igualmente os princípios implícitos do sistema constitucional. Portanto,

¹⁸ Conforme se depreende da redação do “*caput*” do art. 37.

não apenas os princípios arrolados sobre o tema da Administração Pública devem ser acatados quando da aplicação do Direito a esta atividade.

Dessa forma, pode-se concluir que os princípios da Administração Pública não se encontram exauridos no artigo 37 da Constituição da República, existindo outros, espalhados implícita ou explicitamente pelo texto constitucional e infraconstitucional, igualmente com aplicação e obediência obrigatória, e.g., artigo 5º, inciso LV da Carta Maior e artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93.

Sendo a licitação um sistema de normas que disciplina a quase totalidade dos negócios jurídicos realizados pelo Poder Público, é natural a existência de diversos princípios de ordem pública que lhes são aplicáveis, além daqueles tipicamente próprios.

Sundfeld (Op.Cit. p.19) afirma que “[...] na aplicação do Direito, os princípios cumprem duas funções: determinam a adequada interpretação das regras e permitem a colmatação de suas lacunas [...]”.¹⁹

Nesse sentido a Lei nº 8.666/93 em seu artigo 3º impõe a obrigatoriedade de serem os certames licitatórios instaurados, processados e julgados 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 de outros que lhe são correlatos.

Assim sendo, para os fins aqui colimados, há necessidade de fixarmos a noção de legalidade ampla acerca da incidência dos princípios em matéria de licitação pública (expressos ou implícitos, constitucionais ou infra-constitucionais), assinalando que tais princípios possuem força normativa, disciplinando, orientando e vinculando o processo de decisão administrativa em todo o procedimento licitacional.

¹⁹Conclui que dessa assertiva decorrem as seguintes situações: i) é incorreta a interpretação de uma regra, quando dela deriva contradição com os princípios; ii) quando uma regra comportar mais de uma interpretação, prevalecerá a que melhor se afinar com os princípios; e iii) quando uma regra resultar mais extensa ou mais restritiva que o princípio, aplica-se a interpretação que mais se aproximar da questão principiológica.

a) Da legalidade

Marco crucial do Estado de Direito e ainda do regime jurídico administrativo, o princípio da legalidade, consignado no caput do artigo 37 da Constituição Federal, veda ao agente público a prática de atos contrários à lei, possibilitando apenas ações autorizadas ou dispostas pelo sistema normativo.²⁰

Dessa forma, o administrador público deve compatibilizar sua conduta ao que dispõe o ordenamento jurídico, somente podendo agir quando permitido pela lei e nos limites por ela fixados, seja de forma vinculada, seja de forma discricionária.

Em sede licitacional, o princípio da legalidade revela-se de forma inequívoca na disposição contida no artigo 4º da Lei nº 8.666/93, ao estabelecer que todos quantos participem da licitação têm direito público subjetivo à fiel observância da lei.²¹ Referido dispositivo possui como destinatários não só os licitantes, mas também os eventuais interessados em dela participar, bem como os cidadãos, tendo em vista o interesse público envolvido.²²

Por esse princípio os certames licitacionais, em todas as suas fases, encontram-se vinculados à disciplina jurídica regedora da matéria, obrigando a que os atos praticados ao longo do competitivo guardem absoluta conformidade com a lei em sentido amplo. Disciplina a nossa Constituição, em seu art. 5º, II, que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei." Trata-se, *in casu*, de norma-princípio voltada exclusivamente para o particular, recebendo a denominação de *princípio da autonomia da vontade*. Ao particular, como visto, é possível fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que a lei

²⁰Engish (1983, p. 77) alude em seu magistério que “[...] na vida moderna é efetivamente a lei que em primeira linha nos informa competentemente sobre o concreto dever-ser jurídico”.

²¹“Art. 4 – Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º, têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realizados dos trabalhos”.

²²Neste sentido Di Petro (1995, p. 297) afirma que “[...] mais do que direito público subjetivo, a observância da legalidade, foi erigida em interesse público difuso, passível de ser protegido por iniciativa do próprio cidadão”.

não vedar. Se não há lei proibitiva, portanto, permite-se qualquer forma de atuação, positiva ou negativa, sob pena de, aquele que interferir, responder, no mínimo, por constrangimento ilegal.

Para a Administração Pública tal regra inexistente, por razões óbvias. O administrador ou gestor público está jungido à letra da lei para poder atuar. Seu *facere* ou *non facere* decorre da vontade expressa do Estado (com quem os agentes públicos se confundem, segundo a *teoria* da apresentação de Pontes de Miranda), manifestada por lei. Nesse exato sentido é a lição de Bastos (1996, p.25):

Já quando se trata de analisar o modo de atuar das autoridades administrativas, não se pode fazer aplicação do mesmo princípio, segundo o qual tudo o que não for proibido é permitido. É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. É ela criada pela Constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer.

Daí a razão pela qual o constituinte de 1988 achou por bem elencar expressamente o princípio ora sob comento em seu art. 37, *caput*: Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]. Retirando-se tal princípio do campo da abstração e trazendo para a aplicação prática no caso da licitação, pode-se dizer que ao administrador cabe observar todas as etapas descritas em lei para a escolha da proposta mais vantajosa (ou mesmo dispensar a licitação, nos casos descritos no art. 24 da Lei nº 8.666/93). Se fôssemos comparar com o Direito Processual Civil, poderíamos afirmar que se trata de questão de respeito ao *due process of law*, onde a não observância de algum comando previsto em lei é capaz de gerar vícios até mesmo insanáveis (ou de nulidade absoluta).

Desta feita, observada a ilegalidade do ato administrativo, ou, mais especificamente, de algum procedimento licitatório, há de ser o mesmo anulado. Nesse diapasão arremata Meirelles (2004, p.171) em ensinamento percuciente, que

Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do direito público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei.

Tanto podem proceder a anulação do ato administrativo o Administrador, quanto o Judiciário. Pode ainda o Administrador revogar seus próprios atos, por motivo de conveniência e oportunidade (mérito administrativo), não sendo tal desiderato conferido, contudo ao Judiciário, sendo-lhe pertinente a análise apenas da legalidade.²³

Exemplificando o que acima se disse, insta nesse momento comentar-se a situação levada até o conhecimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por intermédio do Recurso Especial nº 239.303/BA (DJU 15.05.2000), no qual reformou-se acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da Bahia que, em sede de Mandado de Segurança, garantiu a reintegração dos impetrantes nos seus respectivos cargos, em certame cujo edital encontrava-se eivado de cláusulas ilegais, acarretando a conseqüente anulação do processo licitatório pela Administração Pública.²⁴

²³EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO POPULAR. LIMITES DO JULGAMENTO. O exame judicial dos atos administrativos se dá sob o ponto de vista da respectiva legalidade e de sua eventual lesividade ao patrimônio público (Lei nº 4.717, de 1997, art. 2º), ou simplesmente da legalidade nos casos em que o prejuízo ao patrimônio público é presumido (Lei nº 4.717, de 1965, art. 4º); o julgamento sob o ângulo da conveniência do ato administrativo usurpa competência da Administração. Recurso Especial conhecido e provido. (STJ, REsp nº 100.237/RS, 2º T., Rel. **Min. Ari Pargendler**, DJU 26.05.1997). Hodiernamente, por intermédio das **Súmulas 346 e 473** do **Supremo Tribunal Federal** (STF), restou pacificada a questão: "STF 346: A Administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos." STF 473: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

²⁴MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO APÓS POSSE DOS NOMEADOS. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INADMISSIBILIDADE. REINTEGRAÇÃO. CABIMENTO. RECURSO PROVIDO. Sem prévio procedimento administrativo, concurso público não pode ser anulado depois da posse dos nomeados. Tem direito à reintegração no cargo funcionário público ilegalmente exonerado. O STJ, por intermédio do voto do **Ministro Jorge Scartezini**, citando **Celso Antonio Bandeira de Mello**, entendeu no vertente caso que: Para a Administração o que fundamenta o ato invalidador é o dever de obediência à legalidade, o que implica obrigação de restaurá-la quando violada. Para o Judiciário é o exercício mesmo de sua função de determinar o direito aplicável no caso concreto. [...] O motivo da invalidação é a ilegitimidade do ato, ou da relação por ele gerada, que se tem que eliminar." Resultou do julgamento acima comentado ementa preciosa para o desate do estudo ora empreendido, transcrita adiante, *in verbis*: "ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – EVIDÊNCIAS DE FRAUDE – ANULAÇÃO – DISSÍDIO PRETORIANO COMPROVADO E EXISTENTE (ART. 105, III, 'C', DA CF C/C ART. 255 E PARÁGRAFOS DO RISTJ) – INFRIGÊNCIA AO ART. 535, II DO CPC DESACOLHIDA – AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. 1 – Os Embargos Declaratórios têm natureza, prima facie, meramente integrativa, sendo raros os casos em que a doutrina e a jurisprudência aceitam o caráter infringente. Logo, não há violação ao art. 535, II, do CPC, quando o Tribunal de origem, ao decidi-los,

Como consequência da anulação de licitação, por motivo de ilegalidade, estabelece a Lei nº 8.666/93, em seu art. 49, § 1º que não é gerado, em desfavor do Estado, o dever de indenizar. A única exceção a esta regra é no caso de a nulidade surgir apenas no contrato administrativo (assinado após a adjudicação do objeto ao vencedor do certame), ocasião que não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que a anulação for declarada (Lei nº 8.666/93, art. 59, parágrafo único).

Correlacionando-se com o princípio básico da legalidade, entendo ser o princípio da obrigatoriedade da licitação corolário daquele. O princípio da obrigatoriedade encontra-se previsto no inciso XXI do art. 37 da CF (como acima se transcreveu), devendo as exceções serem dispostas em lei (v.g., as hipóteses de dispensa do certame público previstas no art. 24 da Lei nº 8.666/93). Assim, caso venha o agente público a ferir esta regra, os atos praticados, ou mesmo toda a licitação, estarão fadados à fulminação em virtude do descumprimento de norma-princípio constitucional. Para exemplificar o princípio em tela, cabe pincelar-se no presente trabalho interessante lide consubstanciada em julgamento, pelo STJ, do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, onde a administração, em ofensa ao princípio da obrigatoriedade, pleiteava a contratação, sem concurso, de advogado para atuar em nome do

observou corretamente a inexistência de omissão, obscuridade ou contradição no acórdão embargado, posto tratar-se de matéria, somente naquela oportunidade, aventada. 2 – A teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, para comprovação e apreciação da divergência jurisprudencial (art. 105, III, alínea ‘c’, da Constituição Federal), devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou citado repositório oficial de jurisprudência. O confronto e a menção ocorreram, o que leva ao conhecimento do recurso e à apreciação deste. Dissídio pretoriano existente entre o v. aresto guerreado e os paradigmas trazidos à colação. 3 – Ante a evidência de fraude no Concurso Público, consoante farta documentação acostada aos autos (07 volumes em apenso), bem examinadas na r. sentença monocrática, deve a Administração Pública anulá-lo, em observância aos princípios da moralidade, legalidade e impessoalidade dos atos administrativos. Vislumbrada a lesão ao erário público, não podendo esses atos serem convalidados, diante da situação irregular dos candidatos aprovados e nomeados, o novo Chefe do Executivo Municipal tem o poder-dever de revê-los, posto que se o agente que o praticou buscou uma finalidade alheia ao interesse público, diversa da prescrita em lei, usando de seus poderes em benefício próprio ou de terceiros, tais atos são inválidos, uma vez que eivados de vícios de nulidade desde o nascedouro, não acarretando qualquer direito a seus beneficiários. 4 – Precedentes (RMS n°s 52/MA e 7.688/RS, ambos desta Corte, e no RE n° 85.557, do STF). 5 – Recurso conhecido, consoante acima exposto, e, neste aspecto, provido para, reformando o v. acórdão a quo, restabelecer, em todos os seus termos, a r. sentença monocrática que julgou improcedente o pedido dos impetrantes." (grifo nosso)

Estado perante a Justiça Trabalhista, mesmo possuindo este ente federativo Procuradores concursados em seu quadro de servidores.²⁵

Outra situação que chama a atenção, dada a sua ocorrência em diversos Municípios e Estados brasileiros, é o da necessidade de licitação para a exploração do serviço de transporte coletivo de passageiros, que, não raras vezes, é concedido aos particulares por mera autorização, sem critério algum senão o do interesse político. O Judiciário, atento a isto, vem repugnando tais ilegalidades, em respeito ao princípio da obrigatoriedade.²⁶

Trata-se esse princípio, na verdade, de verdadeiro corolário do princípio da legalidade. Sua observância será de primordial valia quando o ato visado for de ordem discricionária. Nesses é que ocorre a maior probabilidade de o administrador incorrer em arbitrariedade, abusando dos vagos conceitos de conveniência e oportunidade.

Para Bastos (1989, p.34), “ [...] toda vez que o administrador pratica algum entorce na legislação para abranger uma situação por ela não colhida ou para deixar de abarcar uma outra naturalmente inclusa no modelo legal, a Administração está se desviando da trilha da legalidade”. É neste desvio, portanto, que se verifica, no mais das vezes, a impessoalidade na conduta do gestor público. O princípio da impessoalidade já foi alvo de abordagem por

²⁵ Nº 5.532/PR (DJU 23.04.2001), Relator Min. Francisco Peçanha Martins, , restando assim ementado o aresto citado: EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. SUPERINTENDÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DOS PORTOS DE PARANAGUÁ E ANTONINA (APPA). CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO GOVERNAMENTAL. INEXISTÊNCIA. 1. Direito líquido e certo é o que se manifesta de plano, através de prova pré-constituída repelindo a dilação probatória. 2. Ato governamental posterior não constitui prévia autorização à contratação de advogado sem a necessária licitação. 3. Por outro lado, não convencem os argumentos expendidos pelo recorrente quanto à singularidade dos serviços profissionais a serem executados, nem que não pudessem ser atendidos pelos integrantes do serviço jurídico do APPA.

²⁶ EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONVERSÃO DE AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS EM CONTRATO DE CONCESSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. I - Ofende o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988 a concessão de serviço público sem prévio procedimento licitatório, ainda que a contratada já prestasse atividade delegada pelo Poder Público sob a forma de autorização. II - O deferimento de prolongamento de trecho itinerário de linha rodoviária intermunicipal que afete a esfera patrimonial de outra empresa que o explorava - com exclusividade e por prazo determinado, antes garantida pelo Poder Público -, imprescinde da oitiva da parte interessada, não podendo ser procedido como forma de penalização da empresa sem instauração de procedimento administrativo que apure a ineficiência ou má prestação do serviço delegado." (STJ, ROMS nº 6.918/TO, 2ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 15.05.2000) EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO POR VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. OFENSA A DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL NÃO DEMONSTRADO. 1 - O transporte coletivo rodoviário intermunicipal é serviço

parte do STJ, entendendo que esse assim como o da moralidade deve ser sempre resguardado.²⁷

As ações públicas devem objetivar o interesse público e não eventuais interesses de particulares. Neste sentido, qualquer tratamento personalizado e impertinente em matéria de licitação é inconstitucional e, em consequência, não pode ser tolerado pela Administração Pública, muito menos pelo judiciário.

Em verdade, esse seria o próprio princípio da isonomia, descrito de outro modo, porém com o mesmo conteúdo axiológico-normativo, através do qual tratar-se-ão os iguais igualmente e os desiguais desigualmente.²⁸

Silva (Op.Cit.) ao tratar da impessoalidade, aponta que os atos e provimentos administrativo são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade a que pertence, não havendo personalização do agente, a qual somente ocorrerá para imputar-lhe falta e responsabilizá-lo perante a Administração.

²⁷EMENTA: ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO. JUIZ SUBSTITUTO – ESPÍRITO SANTO – EDITAIS NS. 001/97 E 009/97. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO APÓS A REALIZAÇÃO DA PRIMEIRA PROVA. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO PELO TRIBUNAL PLENO. 1. A alteração do critério de cálculo para apuração da média final, nas condições descritas, implica em afronta aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, impondo correção via Mandado de Segurança. 2. Precedente da 5ª Turma. 3. Recurso a que se dá provimento para conceder a segurança. (STJ, ROMS nº 10.980, 5ª T., Rel. **Min. Edson Vidigal**, DJU 21.02.2000). Em idêntico sentido: EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MÉDIA MÍNIMA EXIGIDA. ALTERAÇÃO POSTERIOR À IDENTIFICAÇÃO DAS PROVAS. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. CF/88, ART. 37. PROVIMENTO 1/93 DO CONSELHO DA MAGISTRATURA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 1. Publicado o edital, lei do concurso, e identificadas as provas, a alteração da média, ainda que para diminuir a exigência mínima, fere os princípios da moralidade e da impessoalidade que devem presidir a edição dos atos administrativos. 2. Recurso não provido. (STJ, ROMS 5437/RJ, 5ª T., Rel. **Min. Edson Vidigal**, DJU 10.05.1999). EMENTA: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. TELEFONIA CELULAR. LEGALIDADE. 1. No processo licitatório a Comissão está subordinada ao princípio de que os seus julgamentos são de natureza objetiva, vinculados aos documentos apresentados pelos licitantes e subordinados a critérios de rigorosa imparcialidade. 2. O Judiciário do final do século XX, mais do que o Judiciário do anos que já se passaram, encontra-se voltado para fenômenos que estão alterando o atual ordenamento jurídico brasileiro, onde a vontade dos que atuam como agentes públicos há de ser subordinada, com mais intensidade, à lei interpretada sua função de valorizar os direitos subjetivos dos cidadãos e das entidades coletivas que se envolvem com serviços concedidos ou permitidos a serem prestados à sociedade. Não deve ser, portanto, ancoradouro para prestigiar desvios comportamentais que, por via de atos administrativos, importem em distorção absoluta da realidade. 3. Posição da Comissão de Licitação, apoiada pela autoridade apontada como coatora, que entende existir uma terceira empresa envolvida em consórcio formado, sem qualquer prova documental existente nos autos. Ficção. 4. Não há como se prestigiar, em um regime democrático, solução administrativa que acena para imposição da vontade pessoal do agente público e que se apresenta com desvirtuadora dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da igualdade, da transparência e da verdade. 5. Mandado de Segurança concedido, à unanimidade." (STJ, MS nº 5287/DF, 1ª S., Rel. **Min. José Delgado**, DJU 09.03.1998) O princípio da impessoalidade figura entre os referidos no texto Constitucional. Ao fixá-lo, o constituinte reiterou que a Administração Pública deve pautar suas ações sem favoritismos, sem perseguições, sem privilégios, sem direcionismos de ordem subjetiva. Igualmente, acentuou que discriminações infundadas não podem ser toleradas na gestão da coisa pública.

²⁸ Bandeira de Melo (2005, p.104) assinala neste sentido que “[...] tal princípio não é senão o próprio princípio da igualdade

b) Da moralidade e da probidade administrativa

A administração da coisa pública, bem como a gestão dos interesses coletivos, pressupõe ética, probidade e honestidade. Aliás, esta é uma conclusão lógica que decorre da essência do próprio ordenamento e dos interesses qualificados como públicos.

Público é aquilo que pertence ao povo e, se pertence a todos, aos gestores da coisa pública apenas uma alternativa se apresenta como possível – agir moralmente, com lealdade, boa-fé, eficiência, revelando-se em todos os sentidos, bons administradores.

O princípio da moralidade tem aplicação irrestrita no campo das licitações. A prática de qualquer ato no curso do procedimento que afronte a moralidade enseja responsabilização do agente, bem como a sua anulação.²⁹ Não apenas a Administração Pública licitadora, mas também os próprios licitantes devem agir com sinceridade e honestidade, não lhes sendo possível atuar com ardid, malícia ou qualquer intuito escuso, objetivando, por exemplo, conluíus para afastar concorrentes, acordos para aumentos de preços, ações desleais etc.

Embora a Lei nº. 8.666/93 faça referência expressa ao princípio da moralidade e da probidade administrativa, entende-se que ambos guardam uma íntima correlação, possuindo um mesmo significado.

Todavia, surge uma diferença mais acentuada quando nos deparamos com atos de improbidade tidos como ilícitos e puníveis pelo ordenamento jurídico. Nessa hipótese a improbidade ganha um conceito mais preciso, atingindo atos desonestos ou imorais e também os ilegais.³⁰

²⁹A questão da moralidade reveste-se de tamanha essencialidade que o constituinte, ao delimitar o objeto da Ação Popular, possibilita que os atos a ela ofensivos sejam atacados por via desta ação específica (Constituição da República, artigo 5º., inciso LXXIII)

³⁰A Lei nº. 8.429/92 definiu de improbidade em três artigos: artigo 9º - atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito; artigo 10º - atos de improbidade que causam prejuízo ao erário, artigo 11º - atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública. Nesta linha de pensamento também Di Pietro (1995).

Conforme os ensinamentos de Carvalho Filho, (2007, p.217) “[...] 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 [...]”

Ainda segundo o autor,

[...] exige o princípio que o administrador atue com honestidade para com os licitantes, e sobretudo para com a própria Administração, e, evidentemente, concorra para que sua atividade esteja de fato voltada para o interesse administrativo, que é o de promover a seleção mais acertada possível. (Ibid. p.217)

Correlato ao princípio da probidade administrativa, no campo da licitação, é o **princípio do sigilo das propostas**. A própria Lei nº 8.666/93, em seu art. 43, § 1º, reza que: “[...] a abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão [...]”.

Visa este princípio a competitividade entre os concorrentes, bem como a manutenção da probidade durante o processo licitatório.

Sua inobservância pode gerar infração também aos princípios da igualdade e legalidade.³¹

Trata-se, portanto, de princípio indispensável.

c) Da igualdade

³¹O STJ, em julgamento de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10404/RS (DJU 01.07.1999), assim decidiu:EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. ATRASO NA ENTREGA DOS ENVELOPES CONTENDO PROPOSTAS. ALEGADA INFRIGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. SUPOSTO RIGORISMO E FORMALISMO. IMPROVIMENTO DO RECURSO FACE À INEXISTÊNCIA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1 – A inobservância do princípio da razoabilidade não restou demonstrada. Existe, na licitação, predominância dos princípios da legalidade e igualdade (CF, art. 5º, caput, inc. II). 2 – Inexistência de direito líquido e certo a amparar a pretensão da recorrente. 3 – Recurso ordinário improvido." Em voto proferido no recurso acima mencionado, o Relator Min. José Delgado assim muito bem pontificou, mencionando expressamente a violação ao princípio do sigilo das propostas: "Admitir o pedido seria subverter todos os princípios básicos da licitação, não só o da igualdade entre os licitantes, mas, também, o do sigilo das propostas. Considere-se que os envelopes que contêm as propostas dos demais participantes já foram abertos, com o conhecimento de seus conteúdos, produzindo, conseqüentemente, os efeitos legais.

O princípio da igualdade ou da isonomia tem fundamento constitucional, visto que a Carta Magna proclama que todos são iguais perante a lei.³²

Na concepção de Canotilho (1992, p.575): “[...] a afirmação todos os cidadãos são iguais perante a lei significativa, tradicionalmente, a exigência de igualdade na aplicação do direito. Numa fórmula sintética, sistematicamente repetida, e que pertence a Anschutz, as leis devem ser executadas sem olhar às pessoas”

O tratamento isonômico é condição de validade nas licitações, “[...] é a espinha dorsal da licitação. É condição indispensável da existência de competição real, efetiva, concreta. Só existe disputa entre iguais; a luta entre desiguais é farsa (ou, na hipótese melhor; utopia)”. (SUNDFELD, Op.cit. p.19). Essa igualdade, todavia, não pode ser considerada em termos absolutos, assim, pode a Administração licitadora estabelecer certas discriminações, desde que fundamentadas, compatibilizando o referido princípio com o interesse público objetivado. (BANDEIRA DE MELO, 2004).

O que se veda com a sua aplicação, são exigências discriminatórias descabidas, divorciadas do interesse coletivo perseguido, impertinentes, fixadas unicamente para favorecer ou até mesmo prejudicar licitantes, afastando-os injustificadamente da competição.

A sua incondicional e irrestrita observância, por si só, dispensa qualquer normatização infraconstitucional no sentido de estabelecer obrigação para a Administração Pública em instaurar o procedimento licitacional de forma prévia às contratações com terceiros. (DALLARI, 1997).

Princípio de extrema importância para a lisura da licitação pública, significa, segundo Carvalho Filho (Op.cit. p.216) “[...] que todos os interessados em contratar com a

³²“Art. 5º - todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, a segurança e a propriedade nos termos seguintes: [...]”.

Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro."

E a própria Lei das Licitações traz em seu bojo dispositivos que vedam a prática de atos atentatórios à igualdade entre os competidores, na medida em que veda aos agentes públicos,

[...] admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato" (art. 3º, § 1º, I), ou mesmo estabeleça "tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras" (art. 3º, § 1º, II).

Os dois incisos acima transcritos encerram, segundo classificação dada por Carvalho Filho, os princípios correlatos, respectivamente, da **competitividade** e da **indistinção**. A explanação acerca desses princípios está nas decisões dos Tribunais pátrios:³³

Interessante nesse momento se faz tecer algumas considerações a respeito da importante distinção que deve ser feita entre exigência da qualificação técnica, feita pela Lei de Licitações em seu art. 30, § 1º e incisos, e a necessidade que a Administração possui de procurar aqueles que prestem os serviços contratados da maneira mais eficiente possível, respeitando-se, desta feita, a Constituição.³⁴

³³EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO A QUO PROFERIDA EM AÇÃO CAUTELAR INOMINADA CONCESSIVA DE LIMINAR SUSPENDENDO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. A VEDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE CANDIDATOS QUE LITIGAM COM O PROMOTOR DO CERTAME LICITATÓRIO, CONTIDA EM EDITAL, ALÉM DE NÃO ENCONTRAR AMPARO NA LEI 8.666/93, E SUAS ALTERAÇÕES, AFRONTA O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES, PREVISTO NO PARÁGRAFO 1º DO ART. 3º, DA REFERIDA LEI, QUE VEDA QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ENTRE OS PARTICIPANTES DA LICITAÇÃO, COMO TAMBÉM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. O PERIGO DA DEMORA RESIDE NA PERDA DO DIREITO DO LICITANTE EM CONTINUAR NO CERTAME, ATÉ O SEU FINAL, CAUSANDO-LHE PREJUÍZOS IRREPARÁVEIS. PRESENTES O FUMUS BONI IURIS E O PERICULUM IN MORA ENSEJADORES DA MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA. DECISÃO A QUO QUE MERECE SER MANTIDA. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO." TJRN, AI nº 99.001551-3, 2ª Câm.Cív., Rel. Des. Rafael Godeiro).

³⁴ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ATESTADO TÉCNICO. COMPROVAÇÃO. AUTORIA. EMPRESA. LEGALIDADE.Quando em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa, não está sendo violado o art. 30, § 1º, II, caput, da Lei 8.666/93. É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio qualidade eficiência, objetivando, não só garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo – a lei -, mas com dispositivos que busquem resguardar a administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa.Recurso provido.(STJ,

c) Da publicidade

Cabe, aqui, uma discussão sucinta do princípio, em virtude de ter capítulo próprio. De compreensão imediata, referido princípio tem por escopo garantir a transparência da atividade administrativa, de maneira a possibilitar a todos plena ciência dos atos dela emanados, para que, em se descordando da providência adotada pelo agente público, sejam acionados os competentes mecanismos de controle.

É uma garantia imposta pelo Estado Democrático de Direito, constitucionalmente prevista no artigo 37 e expressamente consignada não apenas no caput do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, mas também em vários de seus dispositivos.

Para Canotilho (1992, p. 177):

[...] o princípio da publicidade dos actos jurídicos [...] exige que, no caso de ser reconhecida eficácia externa a esses actos, eles sejam notificados aos interessados, quando não tenham de ser oficialmente publicados [...] . Atrás do princípio da publicidade, está a exigência de segurança do direito, a proibição da arcana práxis (política de segredo), a defesa dos cidadãos perante os actos do poder público.

A publicidade é a regra; o sigilo, a exceção. Aliás, convém acentuar que os atos sigilosos apenas são admitidos nas estritas e reduzidas hipóteses legais. Em matéria de licitação, é sigiloso apenas o conteúdo das propostas, até a abertura dos respectivos envelopes.

REsp. nº 144.750/SP, 1ª T., Rel. **Min. Francisco Falcão**, DJU 25.09.2000). EMENTA: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 30, II, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93.1 – Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, quando, em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa proponente, de atestados técnicos emitidos por operadores de telefonia no Brasil de execução, no País, em qualquer tempo, de serviço de implantação de cabos telefônicos classe 'L' e 'C' em período consecutivo de 24 meses, no volume mínimo de 60.000 HXh, devidamente certificados pela entidade profissional competente.2 – 'O exame do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, em sua parte final, referente a 'exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações' revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas, sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe' (Adilson Dallari).3 – Mandado de segurança denegado em primeiro e segundo grau.4 – Recurso especial improvido."(STJ, REsp nº 172.232/SP, 1ª T., Rel. **Min. José Delgado**, DJU 21.09.1998)

A publicidade dos atos praticados ao longo do competitivo licitacional deve ser verdadeira, clara e eficaz, propiciando a todos um efetivo conhecimento não só das pretensões da Administração Pública, como também das suas ações e decisões.³⁵

A publicidade dos atos da Administração, no campo da licitação pública, é de tremenda importância para os concorrentes, pois se dá a eles a certeza do que está ocorrendo nas diversas etapas do processo, bem como os possibilita de elaborar seus planejamentos e recursos administrativos em caso de descontentamento com alguma decisão que venha a ser tomada pela comissão de licitação, ou mesmo se houver alguma irregularidade ou ilegalidade no certame. Por outro lado, confere à Administração a certeza de que a competitividade restará garantida, para a seleção da proposta mais vantajosa.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 21, prevê a obrigatoriedade da publicação dos avisos contendo os resumos dos editais das concorrências e das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, mesmo que sejam realizados no local da repartição interessada, por pelo menos uma vez, no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal, no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal, quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal, bem como em jornal de grande circulação no Estado e, também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo, ainda, a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

³⁵No que diz respeito a publicidade do edital. Dallari (1997 p. 6-7) sustenta que “[...] a licitação deve-se revestir de um caráter de publicidade, mas de uma publicidade real, que torne possível sua verificação imediata e instantânea por qualquer pessoa, como aconteceria, por exemplo, em decorrência da obrigatoriedade de registrar em Registro Público pelo menos o edital de licitação, integralmente. Uma vez registrado num Registro de Títulos e Documentos, o edital deixaria de ser algo reservado, de conhecimento restrito aos diretamente interessados, e passaria a ser verdadeiramente público, pois qualquer pessoa, pagando apenas os emolumentos correspondente à certidão fornecida pelo oficial de registro, poderia ter conhecimento do edital”.

Dispõe também, em seu art. 3º, § 3º que "A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura."

Quanto a este princípio, Meirelles (Op. Cit. p.94-95) comenta que,

[...] como princípio de administração pública, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos em quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes (...) Quanto à publicação no órgão oficial, só é exigida a do ato concluído ou de determinadas fases de certos procedimentos administrativos como ocorre nas concorrências, em que geralmente as normas pertinentes impõem a publicação da convocação dos interessados, da habilitação, da adjudicação e do contrato, na íntegra ou resumidamente.

d) Da vinculação ao instrumento convocatório

Definidas as condições, elaborado, publicado ou remetido o instrumento convocatório, fica a Administração Pública estritamente vinculada aos seus termos, não podendo estabelecer exigências ou condições nele não previstas, nem tampouco praticar atos não amparados pelo edital ou pela carta-convite.

É corrente a afirmativa de que após a publicidade, na forma e intensidade prevista na lei, o ato convocatório torna-se a lei interna da licitação, sujeitando não apenas a Administração licitadora, mas também todos os licitantes às regras nele contidas.

Para Sundfeld (1994, p.21)

[...] a vinculação ao instrumento convocatório cumpre triplo objetivo. De um lado, aferra à Administração ao Direito, na medida em que a sujeita ao respeito de seus próprios atos. De outro, impede a criação de etapas *ad hoc* ou a eleição, depois de iniciado o procedimento, de critérios de habilitação ou julgamento destinados a privilegiar licitantes. Por fim, evita surpresas para estes, que podem formular suas propostas com inteira ciência do que deles pretende o licitador. Após o início da licitação, a única surpresa para os licitantes deve ser quanto ao conteúdo das propostas de seus concorrentes.

Por esse princípio todos estão jungidos ao instrumento convocatório, dele não podendo fugir, sob pena de ferir as regras do jogo, tornando passíveis de nulidade os atos

praticados sem previsão neste instrumento ou dele divorciados, constituindo-se em garantia do tratamento igualitário a ser dispensado a todos os licitantes ao longo do procedimento licitacional.³⁶

Esta norma-princípio encontra-se disposta no art. 41, caput, da Lei nº 8.666/93: "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada." O edital, nesse caso, torna-se lei entre as partes. Este mesmo princípio dá origem a outro que lhe é afeto, o da **inalterabilidade do instrumento convocatório**. De fato, a regra que se impõe é que, depois de publicado o edital, não deve mais a Administração promover-lhe alterações, salvo se assim o exigir o interesse público. Trata-se de garantia à moralidade e impessoalidade administrativa, bem como ao primado da segurança jurídica.

Apesar de a Administração estar estritamente vinculada ao instrumento convocatório, pode a mesma alterar o seu teor, quando houver motivo superveniente de interesse público. Nesse sentido, relativizando este princípio, explica Gasparini (1995, p.293)

[...] estabelecidas as regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis durante todo o seu procedimento. Nada justifica qualquer alteração de momento ou pontual para atender esta ou aquela situação. Se, em razão do interesse público, alguma alteração for necessária, essa poderá ser promovida através de rerratificação do ato convocatório, reabrindo-se, por inteiro, o prazo de entrega dos envelopes 1 e 2 contendo, respectivamente, os documentos de habilitação e proposta. Assim retifica-se o que se quer corrigir e ratifica-se o que se quer manter. Se apenas essa modificação for insuficiente para corrigir os vícios de legalidade, mérito ou mesmo de redação, deve-se invalidá-lo e abrir novo procedimento.

A não vinculação do administrador aos estritos termos do edital, pode ser motivo para o Judiciário interferir (mediante ação movida pelos interessados, bem como pelo Ministério Público ou mesmo qualquer cidadão, pela Ação Popular), fazendo com que o

³⁶De acordo com o magistério de Justen Filho (Op.Cit. p. 417) “[...] o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolvem pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia [...]”.

desvio de conduta perpetrado seja anulado, restabelecendo-se a ordem no processo licitatório.³⁷

Se o Edital dispensou às empresas recém-criadas da apresentação do balanço de abertura, defeso era à Administração valer-se de meras irregularidades desse documento para inabilitar a proponente (impetrante que, antes, preenchia os requisitos da lei).

Em face da lei brasileira, a elaboração e assinatura do balanço é atribuição de contador habilitado, dispensada a assinatura do Diretor da empresa respectiva.

A exigência da vinculação do administrador (no caso das licitações, de suas respectivas comissões), não é absoluta, sob pena de quebra da competitividade. Com essa inteligência, vêm nossos Tribunais mitigando o princípio do formalismo procedimental, quando se tratar de mera irregularidade.³⁸

O seguro garantia a que a lei se refere (art. 31, III) tem o visio de demonstrar a existência de um mínimo de capacidade econômico-financeira do licitante para efeito de participação no certame e sua comprovação condiz com a fase de habilitação. Uma vez considerada habilitada a proponente, com o preenchimento desse requisito (qualificação

³⁷EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO JUDICIÁRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. EDITAL. EXIGÊNCIA DE FORMAÇÃO EM DIREITO, ECONOMIA, CIÊNCIAS CONTÁBEIS OU ADMINISTRAÇÃO. CANDIDATO COM FORMAÇÃO EM PSICOLOGIA. NÃO ADMISSIBILIDADE.1. O princípio da vinculação ao edital impede a pretensão de mudar-se qualquer exigência, dentre as quais a de formação superior específica para a área.2. Recurso a que se nega provimento. (STJ, ROMS nº 6.161/RJ, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 07.06.1999)

³⁸EMENTA: DIREITO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO PELO JUDICIÁRIO, FIXANDO-SE O SENTIDO E O ALCANCE DE CADA UMA DELAS E ESCOIMANDO EXIGÊNCIAS DESNECESSÁRIAS E DE EXCESSIVO RIGOR PREJUDICIAIS AO INTERESSE PÚBLICO. POSSIBILIDADE. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA ESSE FIM. DEFERIMENTO. O Edital, no sistema jurídico-constitucional vigente, constituindo lei entre as partes, é norma fundamental da concorrência, cujo objetivo é determinar o objeto da licitação, discriminar os direitos e obrigações dos intervenientes e o Poder Público e disciplinar o procedimento adequado ao estudo e julgamento das propostas. Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao Edital não é absoluto, de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração. O procedimento licitatório é um conjunto de atos sucessivos, realizados na forma e nos prazos preconizados na lei; ultimada (ou ultrapassada) uma fase, preclusa fica a anterior, sendo defeso, à Administração, exigir, na (fase) subsequente, documentos ou providências pertinentes àquela já superada. Se assim não fosse, avanços e recuos mediante a exigência de atos impertinentes a serem praticados pelos licitantes em momento inadequado, postergariam indefinidamente o procedimento e acarretariam manifesta insegurança aos que dele participam.

econômico-financeira), descabe à Administração, em fase posterior, reexaminar a presença de pressupostos dizentes a etapa em relação à qual se operou a preclusão.

O Edital, *in casu*, só determina, aos proponentes, decorrido certo lapso de tempo, a porfiar, em tempo cômputo, pela prorrogação das propostas (subitem 6.7); acaso pretendesse a revalidação de toda a documentação conectada à proposta inicial, tê-lo-ia expressado com clareza, mesmo porque, não só o seguro-garantia, como inúmeros outros documentos têm prazo de validade. No procedimento, é juridicamente possível a juntada de documento meramente explicativo e complementar de outro preexistente ou para efeito de produzir contra-prova e demonstração do equívoco do que foi decidido pela Administração, sem a quebra de princípios legais ou constitucionais.

O valor da proposta grafado somente em algarismos - sem a indicação por extenso - constitui mera irregularidade de que não resultou prejuízo, insuficiente, por si só, para desclassificar o licitante. A *ratio legis* que obriga, aos participantes, a oferecerem propostas claras é tão só a de propiciar o entendimento à Administração e aos administrados. Se o valor da proposta, na hipótese, foi perfeitamente compreendido, em sua inteireza, pela Comissão Especial (e que se presume de alto nível intelectual e técnico), a ponto de, ao primeiro exame, classificar o Consórcio impetrante, a ausência de consignação da quantia por extenso constitui mera imperfeição, balda que não influenciou na decisão do órgão julgador (Comissão Especial) que teve a idéia e percepção precisa e indiscutível do *quantum* oferecido.

O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes.³⁹

Finalmente, também o STF já se expressou sobre a matéria.⁴⁰

³⁹EMENTA: SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO - SONS E IMAGENS - CONCESSÃO - EXCESSO DE FORMALISMO. A lei não exige que o balanço da licitante seja assinado por seus dirigentes. Houve excesso de formalismo. O Administrador Público, ao realizar uma concorrência, deve procurar sempre selecionar a proposta mais vantajosa para a administração, escudado nos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e imparcial. Segurança concedida."(STJ, MS nº 5.600/DF, 1ª S., Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 29.06.1998)

e) Do julgamento objetivo

Pelo princípio do julgamento objetivo, estampado no *caput* do artigo 3º, bem como nos artigos 44 e 45 da Lei nº 8.666/93, afasta-se, desde logo, qualquer fato ou condição que possa representar, para a comissão julgadora, escolhas pessoais, impressões ou preferências da ordem subjetiva.

Dessa forma, julgamento objetivo é aquele fundado em parâmetros e critérios concretos, exatos, precisos e previamente explicitados no ato convocatório, e subjetivo é aquele que se norteia por critérios de ordem pessoal.

O legislador federal da disciplina jurídica das licitações fez clara opção pelo critério objetivo, estabelecendo que na grande maioria dos certames instaurados a Administração Pública deve adotar o tipo de licitação menor preço, afastando-se, assim, todo e qualquer grau de subjetividade que possa atribuir à comissão de licitação por ocasião da classificação das propostas.

Outra não poderia ser a opção legislativa, até porque, se assim não fosse, nenhum sentido haveria para estabelecer-se a instauração de um procedimento com uma série de atos prévios à contratação, bastaria a lei eleger a tese da liberdade de contratação no setor público, deixando a escolha da proposta mais vantajosa ao alvedrio do agente público, sem o confronto entre proponentes.

Assim, o julgamento dos competitórios licitacionais deve ser pautado na mais absoluta objetividade, pois qualquer entendimento em contrário, por certo, ignora os mais

⁴⁰EMENTA: LICITAÇÃO: IRREGULARIDADE FORMAL NA PROPOSTA VENCEDORA QUE, POR SUA IRRELEVÂNCIA, NÃO GERA NULIDADE”. (STF, ROMS nº 23.714-1/DF, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 13.10.2000)

elementares princípios sobre a matéria, constituindo-se a licitação em mera roupagem de legalidade a uma contratação fraudulenta.

O princípio do julgamento objetivo está consignado nos art.. 44 "No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou no convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei" e no art. 45 :

O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Di Pietro (2007, p.335), explicando este princípio, afirma que: "Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital."

Nesse exato pensar, confirma Medauar (2000, p.218) que: "o julgamento, na licitação, é a indicação, pela Comissão de Licitação, da proposta vencedora. Julgamento objetivo significa que deve nortear-se pelo critério previamente fixado no instrumento convocatório, observadas todas as normas a respeito."

O STJ, consagrando o princípio sob exame, assim julgou procedente o recurso especial impetrado, com base na violação dos princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo.⁴¹

.Nesse passo, tem a doutrina entendido como princípio correlato ao do julgamento objetivo o da **vedação à oferta de vantagens**. A oferta de vantagens é prática espúria e pode até constituir crime, conforme tipificação trazida no art. 92 da Lei nº 8.666/93:

⁴¹ O Recurso Especial nº 14.980-0/RJ, Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro (DJU 02.05.1994):EMENTA: Administrativo. Concorrência pública. Princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo. Violação. I - Constitui ofensa aos princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo admitir-se que candidatos entrem em concorrência para fornecimento de medidores com bases rígidas de liga de alumínio silício sobre pressão e com tampas de vidro transparente e, ao final, dar como vencedora proposta para fornecimento de medidores com bases de aço e tampa de policarbonato. II - Ofensa ao art. 3º do Decreto-lei nº 2.300, de 21-11-86, caracterizada. III - Recurso especial conhecido e provido

Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos convocatórios, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei.

Trata-se de conduta negativa, que deve ser extirpada de nossa cultura, inobstante as dificuldades encontradas de apuração.

f) Da participação popular

Do sistema jurídico vislumbra-se de forma clara a possibilidade concreta e efetiva de participação popular no processo de tomada de decisão administrativa.

A Constituição Federal assinala em seus artigos 37, §3º e 74, §2º a faculdade atribuída à coletividade para fiscalizar os atos da Administração Pública podendo, inclusive, denunciar ao Tribunal de Contas em caso de verificação de irregularidades e ilegalidades.

De igual forma a Lei nº 8.666/93 contém inúmeros dispositivos que propiciam o controle popular das licitações, como se observa, e.g., do artigo 4º, que traz a faculdade de acompanhamento de todo o procedimento, artigos, §7º, § 8º e 63, relacionados à possibilidade de obtenção de informações, artigos 15, §6º e 41 § 1º, que propiciam a impugnação de preço e de ato convocatório, artigo 39, *caput*, que prevê a audiência pública, e artigos 101 e 113, § 1º, que estabelecem a representação ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas.

A possibilidade de participação popular instaura a discussão acerca da legalidade da futura contratação que se dará pela via licitacional, permitindo a participação da sociedade no processo de tomada de decisão e democratizando a gestão administrativa, configurando-se, ainda, importante instrumento de controle da moralidade e probidade da Administração Pública.

g) Do contraditório e da ampla defesa

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, estabelece que aos litigantes, seja em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

No tocante aos destinatários, o comando constitucional acima foi extremamente abrangente. Além de consignar que o preceptivo aplica-se aos litigantes em processo judicial, conferiu igual destinação aos envolvidos em processos administrativos, inclusive em sede licitacional.

Por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado, como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis. (BASTOS, 1997).⁴²

Da análise jurisprudencial pode-se constatar que inúmeras são as situações em que a Administração Pública, quando do processamento e julgamento de certames licitatórios, não observa o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, deixando, na maioria das vezes, de oportunizá-los àqueles interessados que eventualmente serão afetados com a prática de um determinado ato administrativo.

Várias são as situações que podem ocorrer no curso de um certame licitacional e que, necessariamente, demandam a abertura do contraditório e da ampla defesa. A Lei nº 8.666/93, em determinadas passagens, traz, expressamente, em seus comandos normativos, esta obrigatoriedade (artigos 49, 3º e 78, parágrafo único), porém em outras situações, muito

⁴²Para Bandeira de Mello (2005) seriam impossíveis o contraditório e a ampla defesa, constitucionalmente previstos, sem audiência do interessado, acesso aos elementos do expediente e ampla instrução probatória. Assim, seria impossível exercitá-los eficientemente sem direito a ser representado e assistido por profissional habilitado.

embora não constando expressamente do texto legal, mas por força do dispositivo constitucional citado, referida obrigatoriedade é inafastável.

O direito do licitante ao contraditório e ampla defesa consiste no direito de se manifestar e, se for o caso, de produzir provas de forma prévia à decisão da autoridade, pois assim estará influenciando no processo de formação da convicção da autoridade, e esta ficará melhor habilitada a decidir com pleno conhecimento dos aspectos de fato e de direito que norteiam a questão.⁴³

Porém, cabe uma advertência final no sentido de que não basta apenas à administração licitadora oportunizar o contraditório e a ampla defesa. Deverá ela oferecer os meios necessários para que os interessados tenham condições de exercer tal direito assegurado em nossa Carta Magna, possibilitando a necessária publicidade de seus atos, informando os seus motivos determinantes, ofertando vistas dos autos e, ainda, assinalando um prazo razoável para o seu exercício.⁴⁴

h) Da razoabilidade

Como princípio implícito do texto constitucional, a razoabilidade impõe ao administrador público a necessidade de atuação adequada e proporcional, numa relação estritamente objetiva de congruência lógica entre os pressupostos de fato (motivo) e o ato emanado. (FIGUEIREDO, 2000)

⁴³Gordilho (1980, p. 35-36) afirma que “[...] o princípio da oitiva do interessado antes da decisão de algo que o afete não é apenas princípio de justiça: é também um princípio de eficácia, porque indubitavelmente assegura um melhor conhecimento dos fatos e portanto ajuda a uma melhor administração, ademais de uma decisão mais justa [...]”

⁴⁴Vide a esse respeito Bandeira de Mello (2002) Di Pietro (2007), Gasparini (1995), Justen Filho (2001), Cretella Júnior (1995) Lopes Meireles (2004) Pereira Júnior (1994) Nery Nelson (1996).

Significa dizer que a atuação administrativa, especialmente em sede discricionária, deve nortear-se por um critério de razoabilidade, firme, concreto e aceitável do ponto de vista racional, coerente, adequado às finalidades instituídas em lei.⁴⁵

No âmbito das licitações tem ampla aplicabilidade, relacionando-se estreitamente com o princípio da proporcionalidade, ou seja, com a idéia de adequação entre os meios e os fins, de necessidade da medida e de intensidade da decisão, inclusive no que tange à aplicação de medidas restritivas de direito. (MEDAUAR, 2000).

i) Da motivação

Por meio deste impinge-se ao administrador público a obrigação – inafastável – de expor as razões fáticas e jurídicas que sustentam a adoção de qualquer providência.

Compete-lhe, portanto, fundamentar todo o ato que pratica, notadamente nas hipóteses em que houver um mínimo de discricionariedade, para que se possa avaliar seu comportamento segundo os princípios anteriormente expostos.

Ademais

[...] atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário toda vez que a sua fundamentação tardia, apresentado depois de impugnados em juízo, não possa oferecer segurança e certeza de que os motivos aduzidos efetivamente existiam ou foram aqueles que embasaram a providência contestada. (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p.103).

Ato discricionário não motivado, portanto, é ato nulo. E mesmo o ato vinculado, no qual – em regra – bastaria a menção do fato e da norma respectiva para sua validação, pode ser perquirido em juízo, razão pela qual sua motivação é sempre um dever e uma garantia para o bom administrador.⁴⁶

⁴⁵Nesse sentido Bandeira de Mello (2002) e Di Pietro (2007).

⁴⁶A respeito de motivação conferir as lições de Sundfeld (1990), Bandeira de Mello (1998), Meirelles () e Figueiredo ().

É princípio decorrente do comando normativo existente nos artigos 1º, inciso II e parágrafo único e 5º inciso XXXIV, da Carta vigente. Trata-se de princípio geral do direito administrativo a que a Lei nº 8.666/93 dá especial relevo, ao exigir reiteradamente que as decisões sejam acompanhadas de exposição de motivos que a justifiquem.

j) Da eficiência

O princípio da eficiência foi inserido expressamente no caput do artigo 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998.

Para a doutrina italiana, dito princípio representa dever de boa administração. Eficiência, segundo o Dicionário Aurélio significa ação, força, virtude de produzir um efeito, eficácia .

No exercício da função administração não basta apenas o agente público observar a legalidade, a moralidade, deve, nas suas ações, buscar resultados positivos para a sociedade. Neste aspecto referido princípio impõe, desde logo, uma adequada estruturação organizacional administrativa e o melhor atual do gestor da coisa pública, na busca de benefícios que atendam aos anseios da coletividade.

No campo das licitações a Administração Pública licitadora, por força de seu comando, deve agir de forma rápida, eficaz e objetivar, com o procedimento licitatório, a obtenção de bens, serviços e comodidades à população.

Na lição de Di Pietro (Op. Cit. p. 84) “[...] a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.

É princípio decorrente do comando normativo existente nos artigos 1º, inciso II e parágrafo único e 5º, inciso XXXIV, da Carta vigente. Trata-se de princípio geral do direito administrativo a que a Lei nº 8.666/93 dá especial relevo, ao exigir reiteradamente que as decisões sejam acompanhadas de exposição de motivos que a justifiquem.

7 EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE – CASOS DE SIGILO

Tudo o que se veio a dizer não impede que, em certas hipóteses, exista o dever de a Administração guardar sigilo, ficando impedida, total ou parcialmente, a expedição de certidão e a vista dos autos.

Embora a publicidade seja um princípio essencial e o indivíduo seja o verdadeiro titular do poder, isto não quer dizer que o segredo, excepcionalmente, não possa ser condição indispensável para a realização do interesse público.

Sundfeld (1995, p.104-105) ao discorrer sobre o assunto, enfatiza:

Portanto, só se justifica o sigilo quando for indispensável. Não basta que seja mais cômodo, ou que torne menos oneroso o desempenho da atividade. É evidentemente mais doce e agradável o poder que se exerce sem as aporrimhações dos administrados, no acolhedor silêncio dos gabinetes. Ocorre, porém, que mesmo à custa do maior ônus para o administrador, o Estado de Direito prefere fazer transparente o exercício do poder.

De acordo com a nossa Lei Maior, são exceções ao princípio da publicidade: quando propiciar a violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; quando o sigilo da fonte for necessário ao exercício profissional ou quando for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.⁴⁷

A Lei n.º 11.111/2005, que regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do *caput* do art. 5º, da Constituição Federal, trata justamente das informações a serem consideradas sigilosas, a fim de garantir a segurança nacional. De uma análise superficial,

⁴⁷Essas exceções estão presentes no art. 5º do texto constitucional: “XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo em geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; LXXII – conceder-se-á “*habeas data*”: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a refiticação de dados, quando não se prefira faze-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

pode mesmo parecer que ela consistiria em obstáculo ao direito à obtenção de certidões. Mas, em verdade, o diploma legal, por vias transversas, reafirma tal direito, deixando claro o respeito ao acesso a documentos públicos de interesse particular, ou de interesse coletivo/geral, pois ressalva desta possibilidade, **exclusivamente**, as hipóteses em que o sigilo seja imperativo de segurança nacional.

Saliente-se que o legislador, no que respeita a mencionada Lei n.º 11.111/2005, por certo não olvidou se tratar, o direito em discussão, de uma garantia fundamental e constitucional, que não poderia ser maculada sem que a lei quedasse inconstitucional. Em razão disso, criou pouquíssimas situações de exceção à regra da publicidade e tratou, ainda, de ressaltar: a) a necessidade de disciplina interna nos Poderes da União, dos casos de proteção sobre as informações; b) as hipóteses de acesso ao público, ainda que se trate de caso de documento sigiloso; c) o estabelecimento de prazos máximos do sigilo, quando os atos voltam a ser passível de conhecimento público; e, d) as normas processuais disciplinando a apresentação de requerimento para obter certidões, a serem cotejadas com o imperativo do sigilo, a fim de que se constate qual o bem jurídico a prevalecer em cada caso concreto.

Com relação ao inciso LXXII do artigo transcrito acima, a Lei 9.507, de 12 de novembro de 1997, disciplina o procedimento do *habeas data*, que acrescentou mais uma hipótese de cabimento da medida, além das duas previstas na Constituição: o artigo 7º, inciso III, contempla a hipótese de *habeas data* “para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.” E a Lei nº 10.650/03 rege o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama.

Convém ressaltar que a imposição do sigilo administrativo é sempre contestável judicialmente. Negando-se certidão ou vista, pode o administrado questionar a legitimidade desse ato, ficando o administrador obrigado a demonstrar as razões que impõem o segredo.

A exceção ao direito às informações, inscrita na parte final do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, contida na expressão "ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado", não deve preponderar sobre a regra albergada na primeira parte de tal preceito. A publicidade constitui regra essencial, como resulta da Lei Fundamental, art. 5º, LX, quanto aos atos processuais; 37, caput, quanto aos princípios a serem observados pela Administração; seu § 1º, quanto à chamada publicidade institucional: 93, IX e X, quanto às decisões judiciais, inclusive administrativas, além de jurisprudência, inclusive a Súmula n. 684-STF, em sua compreensão.

O *habeas data* configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros existentes; (b) direito de retificação dos registros errôneos e (c) direito de complementação dos registros insuficientes ou incompletos.

Quando não houver justificativa razoável a determinar a incidência da exceção, não há o que se falar em sigilo.

Nesse sentido, recentemente, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou julgando procedente o *hábeas data* impetrado.⁴⁸

Importante salientar o conteúdo do mesmo artigo 5º, mas no inciso X, da Constituição da República – “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Aqui estamos diante da proteção de um bem jurídico relevante para o constituinte originário – a dignidade da pessoa humana. Se para a Administração Pública a regra é a

⁴⁸Constitucional - Habeas data - Militar - Documentos funcionais - Acesso - Possibilidade - Princípio da publicidade - Prevalência - CF/1988, arts. 5º, XXXIII e LX; 37, e 93, IX e X - Súmula n. 684-STF. Constitucional. Habeas data. Militar da aeronáutica. Matrícula em curso da Ecomar. Pedido indeferido. Acesso a documentos funcionais. Negativa da administração. Regra constitucional basilar: publicidade. Exceção: sigilo. Ordem concedida. (HD n. 91 - DF. Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. Terceira Seção. Unânime. Data do julgamento: 14.03.2007.)

publicidade, somente excepcionável por lei, para o particular a regra é diametralmente oposta, isto é, não se permite publicar a vida privada das pessoas, não sendo, esta regra, excepcionável por qualquer lei ou outro ato normativo.

O comando é peremptório e não dá margem a exceções. O princípio da publicidade atua aqui de forma negativa, ao colocar uma barreira à publicidade. Apesar de ser uma forma de proteção individual (uma verdadeira garantia), não se dá relevo ao conteúdo da informação preservada. Mesmo informações individuais verdadeiras não podem se tornar públicas.

O *habeas data*, por seu turno, como bem acentuado por di Pietro (2007), garante o conhecimento de informações relativas à própria pessoa do impetrante, e o objetivo é o de conhecer e retificar, quando for o caso, essas informações, para evitar o uso indevido.

Esta publicidade, no entanto, restringe-se à informação do próprio requerente, mas pode ter como conteúdo informações de interesse coletivo. Seria, em *ultima ratio*, uma extensão do princípio geral de controle do gastos públicos.

Nestes casos, excetuando o a requisição de dados de interesse coletivo por meio do *habeas data*, estamos diante da proteção do conteúdo da informação, sem tanto se preocupar com a formalidade em si. Sendo os dados particulares, somente a ele interessam, e mereceram a tutela do legislador constituinte. Prepondera o conteúdo sobre a forma. O constituinte preocupa-se em resguardar o conteúdo de determinadas informações, que somente aos particulares envolvidos interessa, e que, se a público vierem, podem causar consideráveis danos à pessoa, tanto morais como materiais.

Diante do exposto, vale lembrar que a publicidade constitui a regra, indica que os atos da administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhe a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes públicos. Por outro lado, a própria

Constituição prevê expressamente os casos de sigilo, tendo em vista a excepcionalidade da situação e os riscos que eventual divulgação poderia acarretar.

7.1 Segurança Jurídica

Embora esse princípio já tenha sido tratado no primeiro capítulo desse trabalho, em virtude a sua conectividade com o tema em foco, torna-se necessária uma explanação mais criteriosa, sem, no entanto, a intenção de esgotar o tema.

O princípio da segurança jurídica não se encontra previsto, de forma explícita, em nosso ordenamento constitucional. Algumas leis infraconstitucionais, a exemplo da lei do processo administrativo⁴⁹, vem de forma explícita, privilegiar tal princípio.

Porém, não é o fato do princípio da segurança jurídica não se encontrar explícito na Constituição Federal que vai deixar de ser entendido como princípio constitucional.

Sarlet⁵⁰, em análise muito contundente, afirma que nem a Constituição Federal nem os Tratados Internacionais contêm referência expressa ao direito à segurança jurídica como tal, mas apenas à segurança pessoal do indivíduo.

Na visão do autor, a segurança jurídica na legislação internacional – na Declaração dos Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direito Civil da ONU e na Convenção Americana de São José de Costa Rica – encontra-se implícita na garantia contra a irretroatividade da lei, entre outras garantias, afirmando que a ausência da explicitude não causa qualquer prejuízo a sua aplicação.

⁴⁹Lei Federal n. 9794/99, lei do processo administrativo federal, aplicável apenas na esfera federal.

⁵⁰Sarlet, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, Direitos Fundamentais e proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. Do livro Constituição e Segurança Jurídica, coordenado pela professora Carmem Lúcia Antunes da Rocha. 2.ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

O mesmo doutrinador faz indissociável relação entre Estado de Direito e segurança jurídica, ao afirmar que “um autêntico Estado de Direito é também um Estado de segurança.”⁵¹

Assim, apesar de não estar presente explicitamente na Constituição Federal o princípio da segurança jurídica é um pressuposto lógico, indispensável, imediato, condição necessária e suficiente do princípio da legalidade – observado este em uma visão mais aprimorada, como a traduzida por Couto e Silva⁵² – princípio da irretroatividade da lei, do devido processo legal – aqui em seu aspecto formal e material -, garantia do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Bandeira de Mello (2002) aduz que tal princípio é a essência do Direito, em especial no Estado Democrático de Direito, dando a este o status de coluna mestra de nosso ordenamento jurídico.

Carvalho (2004) aloja o princípio da segurança jurídica como princípio constitucional geral, dando um sentido particular ao princípio, o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de programar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade. Tal sensação tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhece, tornando-os confiantes na aplicação do direito.

Essa leitura é a vontade da sociedade, sem dúvida. Infelizmente, cada vez mais, restringe-se o seu sentido, apenas fazendo sua aplicação a situações passadas, indo de encontro com a visão do autor quando se refere a ações futuras.

Um exemplo disso é o servidor público que passa toda a sua vida privando-se de licença prêmio, a fim de que elas sejam computadas em dobro, como tempo para a sua

⁵¹Sarlet, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, Direitos Fundamentais e proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. Do livro Constituição e Segurança Jurídica, coordenado pela professora Carmem Lúcia Antunes da Rocha. 2 ed.. Belo Horizonte: Forum.2005.pag. 90

⁵²COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. Revista de Direito Público n. 84. São Paulo, 1984.

aposentadoria, e às vésperas de tal benefício, é editada uma lei ou emenda à Constituição vedando a contagem em dobro.

Situações como a descrita têm sido muito freqüentes em nosso ordenamento jurídico, que, várias vezes, fazem da lei a única possibilidade de governabilidade. Assim, maculam a essência do princípio da segurança jurídica.

Silva (2005) já escreveu um excelente trabalho distinguindo o princípio da segurança jurídica e o da confiança legítima.

A abrangência vislumbrada pelo professor sobre segurança jurídica é primordialmente o sentido de proteção aos direitos subjetivos em especial, explicando que uma condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda que tal norma seja substiuída.

O termo relativa foi utilizado em virtude da existência do direito adquirido e a expectativa do direito.

Piovesan (2005) traça um belíssimo entrosamento entre a segurança e a dignidade da pessoa humana, pois entende haver certos direitos fundamentais que encontram seu fundamento de validade unicamente na dignidade, fazendo assim do direito à segurança de direitos um verdadeiro direito ao não retrocesso.

A visão da autora é que a segurança é vista a partir do indivíduo e não do Estado, ou seja, a partir de um discurso de direitos e não de uma restrição de direitos.

A mesma autora afirma que a segurança jurídica encontra fundamento na dignidade da pessoa humana na própria Declaração dos Direitos Humanos de 1948, no preâmbulo: “Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efectivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais.”

Da análise da citação verifica-se a presença da segurança jurídica em sentido bem amplo.

Por tudo que foi dito, verifica-se não há óbice no fato de tal princípio não está de forma explícita na Constituição Federal.

a) A independência dos juízes como condição necessária à preservação da Segurança Jurídica.

A independência dos juízes, ou seja, do Poder Judiciário também é um traço fundamental que deve estar presente quando se deseja resguardar a segurança jurídica, tendo em vista que os juízes sem independência ficam submissos à vontade do Executivo.

Nesse diapasão, Dromi (2004, p.144) afirma que:

Sin verdaderos jueces no hay seguridad jurídica. Son verdaderos jueces los “de ley” (los de la Constitución); “para la ley” (los que conu jurisprudência hacen Derecho), y los “de la ley” (los que vigilan la constitucionalidad de todos los actos públicos). Solo com jueces verdaderos, unicamente dependientes de la República, la seguridad jurídica deja de ser uma quimera. La recta interpretación de la ley e integración Del derecho por los jueces es um presupuesto de la seguridad jurídica.

O administrativa argentino sempre afirma que o primeiro ponto a ser atingido pela segurança jurídica é a certeza, a qual se traduz em um direito certo, conhecido, publicado e verdadeiro.

Do entendimento do autor vislumbra-se uma névoa, pois inicialmente traduz como certeza um direito certo, publicado, o que se equipara ao nosso direito adquirido, a nossa coisa julgada ou ao nosso ato jurídico perfeito. Mas em ato contínuo, afirma que a certeza corresponde a um direito verdadeiro, donde se percebe falar em justiça.

Assim, no âmbito da segurança jurídica, não há o que se falar em expectativa de direito.

b) A relativização da Segurança Jurídica

Como já restou demonstrado, o princípio da segurança jurídica é extraído de nossa Constituição, e é uma das bases do Estado de Direito, pois não há o que se falem direito sem se garantir a segurança jurídica.

Não cabe qualquer espaço para pensamento ou afirmação de que os princípios constitucionais – e aí, claro, incluindo-se a segurança jurídica – podem ser aplicados de forma absoluta, mesmo sendo afirmado que a segurança jurídica é a coluna mestra do Estado de Direito.

Assim, não se pode admitir a aplicação dos princípios constitucionais de forma absoluta, eles se deparam com situações que permitem a sua relativização, o que é verdade, também, para o princípio da segurança jurídica.

As linhas escritas por Theodoro Júnior (2006) enfatizam a questão, ao afirmar que nenhum princípio no campo do Direito, nem mesmo nos domínios constitucionais, pode ser visto e aplicado em absoluto. Inclusive, o autor, menciona que, apesar da segurança jurídica merecer qualificação natural e necessária ao Estado Democrático de Direito, não escapa da relatividade inerente à sistemática dos princípios de direito.

Claro que não se pode, a partir desse reconhecimento, instaurar uma insegurança jurídica ou ainda negar a existência da coisa julgada, seria uma aberração.

Como bem coloca Theodoro Júnior (Ibid. p.48):

Não é – repita-se – por arbitrária opção legislativa que se pode invadir e quebrar a segurança jurídica. A proteção da segurança jurídica só se esvai quando se depara com a necessidade de proteção de outros princípios classificados como supremos na estrutura do Estado de Direito Democrático. Posto que fundamental para a existência efetiva de um Estado de Direito, a segurança não tem proteções para prevalecer sobre os elementos que lhe caracterizam a estrutura e a essência. É que dentro da ordem de valores constitucionais, existem, naturalmente, aqueles que, em certas condições, hão de preferir a segurança jurídica.

Conclui-se que para traçar um paralelo entre as exceções previstas no ordenamento constitucional e a não aplicabilidade do princípio da Publicidade é imperioso e necessário a garantia da segurança jurídica.

7.2 A não aplicabilidade do princípio da Publicidade e exceções previstas no ordenamento jurídico

É inadmissível em um Estado Democrático de Direito, onde o poder é exercido em nome do povo, que este fique privado das informações quanto à gestão da coisa pública.

O princípio da Publicidade está fundamentado na necessidade de transparência da atuação administrativa, prestando informações aos administrados sobre seus fatos, decisões e contratos, como forma de garantir a segurança jurídica dos membros da coletividade quanto aos seus direitos. O sigilo no âmbito administrativo, salvo exceções citadas, serve apenas para promover o contrabando de informações privilegiadas.

Será que existe efetivamente sistema democrático no Brasil?

Infelizmente, parece que ainda não. Os gestores se aproveitarem da carência de consciência de cidadania das camadas econômica e culturalmente menos favorecidas, que não oferecem resistência as suas manipulações e usurpam o Poder silenciosamente desempenhado.

Os governantes, muitas vezes, disponibilizam aos cidadãos informações que não correspondem à realidade dos fatos e acham, com isso, que estão cumprindo o princípio da publicidade.

É inegável o trabalho investigativo que ao longo dos anos vem sendo realizado pela imprensa na busca de informações de interesse público. Mas é muito pouco, as informações são truncadas e, quando não, nunca é passado para a população o desfecho final.

Alargam-se o conteúdo das exceções previstas no ordenamento constitucional, com o intuito de excepcionar situações absurdas, imorais e totalmente descabidas.

7.2.1 Dificuldade de se aplicar o Princípio da Publicidade nas licitações públicas

É notório que a publicidade das licitações fica bastante comprometida pela precariedade do acesso às normas específicas que disciplinam cada certame, especialmente o edital, e, também, pela virtual impossibilidade de exame aprofundado e detalhado de todas as propostas, tendo como consequência enormes dificuldades de lutar pelos seus direitos na justiça.

O simples fato da realização de uma licitação não é garantia da probidade administrativa. Para quem deseja obter proveitos indevidos é muito mais conveniente e seguro fazer um processo viciado, manipulado, direcionado.

A melhor e, talvez, única forma de evitar essa prática é franquear os procedimentos licitatórios a toda coletividade, independentemente de ser ou não licitante. A publicidade das ações administrativas é dever e não faculdade, imposto pela constitucionalmente, cabendo ao legislador ordinário viabilizá-la, concretamente, mediante a edição de normas que tornem compulsória tal conduta.

Dallari (Op. Cit.), em artigo sobre a Publicidade das Licitações mediante utilização dos Registros Públicos, entende que seria conveniente a utilização dos Registros Públicos, mais precisamente dos Registros de Títulos e Documentos para assegurar a efetiva e concreta publicidade das licitações.

O autor afirma ser algo muito simples, mas de grande efeito prático. A União pode instituir, como norma geral, a obrigatoriedade do depósito nos Registros Públicos dos

documentos relativos às licitações, deixando o detalhamento para a legislação ordinária de cada pessoa jurídica de capacidade política.

Sabe-se que, na prática, é um grande desafio descobrir o dia da publicação do edital de licitação, conseguir a cópia do Diário Oficial e, o pior, ler aquelas letras miúdas – que serve como desestímulo aos interessados.

Aliada a isso, a realidade nos mostra que a Administração se recusa a fornecer cópia do edital, levando, quando há disposição do administrado, a interpor mandado de segurança.

Certamente, os fatos acima se resolveriam com a obrigatoriedade de registro do edital no serviço registral competente.

Outra questão importante é a questão da pré-qualificação dos licitantes – muito utilizada pela Administração Pública na contratação de obras e serviços e na aquisição de produtos e equipamentos, que funciona como inibidor da aplicação do princípio da Publicidade.

Esse tema já foi encarado no quinto capítulo desse trabalho, mas vale a pena enfatizar, novamente, que algumas concorrências precedidas de pré-qualificação prevêm o envio de convite direto às empresas pré-qualificadas, sem que essa convocação seja publicada no órgão competente, violando o princípio constitucional da publicidade, consubstanciado, no tocante às licitações, no art. 21 da Lei 8666/93.

Em outras concorrências precedidas de pré-qualificação, observa-se que o prazo mínimo para apresentação das propostas (art. 21, § 2º - trinta ou quarenta e cinco dias, conforme o caso), está sendo irregularmente e arbitrariamente abreviado, também violando aquele princípio.

Por último, é relevante o fato de que os gastos com dispensa e a inexigibilidade no âmbito da União são superiores aos com a realização de licitação. A realidade é que acontece o mesmo nas outras esferas.

Tal constatação, por si só, sugere as seguintes reflexões: a violação da ordem constitucional, pois a licitação é um dever que se impõe como regra e a necessidade de se repensar o regime jurídico da contratação pública, previsto na Lei n. 8666/93.

É urgente, em face dos dados revelados, repensar uma nova ordem constitucional que respeite e garanta a licitação.

Deve-se, pois, reavaliar as hipóteses de dispensa e inexigibilidade, determinar princípios norteadores da contratação direta, estabelecer regras no tocante ao *modos operandi* e à formalização do processo.

A idéia não é burocratizar, mas garantir a transparência e viabilizar um procedimento mínimo essencial para uma boa gestão dos recursos públicos.

Mendes (2001) questiona sobre as razões que determinam essa distorção, já que é pacífica a tese de que licitação é a regra. E continua indagando, não seria o caso de argumentar-se que as exceções legais (arts. 24 e 25 do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos) estão inviabilizando e subvertendo o princípio constitucional do dever de licitar.

O autor, com propriedade, assegura não se trata de uma distorção aparente, mas real, efetiva. Existe uma inversão na ordem das coisas, faz-se mais o que deveria fazer menos e vice-versa.

E complementa o seu pensamento, afirmando:

Existem, no entanto, algumas hipóteses que merecem uma avaliação mais detida, em razão de serem de mais larga utilização, a saber: incisos I, II e IV. A correta interpretação e aplicação dos incisos I e II do art. 24 reveste-se de significativa dificuldade. Justifica-se a dificuldade pela inexistência de critério claro, seguro e adequado, capaz de evidenciar o norte a ser seguido pelos que dele se utilizam. A ausência de critério legal dá margem ao surgimento das mais diferentes interpretações e, em muitos casos, consolida praxes administrativas que não se

afinam com o sistema jurídico.[...] A imprecisão contida na norma é tamanha que poderia justificar a distorção em tela, ou seja, o fato de haver mais contratação resultante de dispensa do que de licitação. A ausência de critério legal, aliada à falta de planejamento adequado, faz com que a Administração considere, de forma individualizada, cada pretensão em particular como regra. Embora existam elementos e dados capazes de viabilizar uma ação planejada, esta não ocorre. O orçamento anual e as efetivas contratações realizadas no ano anterior deveriam ser utilizados como elementos capazes de propiciar a ação planejada. Aliás, é nesse sentido que determina o inciso II do § 7º do art. 15, ao se referir às compras. [...] A não-adoção de técnicas adequadas de estimação, em função do consumo e utilização prováveis, faz com que a Administração seja impulsionada pela necessidade pontual. A requisição de bens e serviços emana dos mais diferentes setores da Administração e, à medida que chegam à unidade responsável pela contratação, vão sendo processados. Essa é a realidade que informa a Administração Pública brasileira, mas é evidente que existem, também, exceções à regra.

Nota-se, em consonância com a idéia supracitada, a potencialidade da adoção de um processo antieconômico para a Administração e a pouca sedução do negócio desejado são as razões que justificam a exclusão do dever de licitar.

Embora se reconheça que o legislador ordinário não mediu esforços para proteger o princípio do dever de licitar, é necessário enfatizar que, infelizmente, não conseguiu atingir o seu objetivo. Utilizou expressões vagas que tornam difícil a fixação de um critério seguro.

Torna-se fundamental, então, uma exegese sistêmica da lei ordinária e do texto constitucional, tendo por base o último.

Poderia se perguntar o que é que a obrigatoriedade de licitar tem a ver com a dificuldade de aplicabilidade do princípio da publicidade. Sem hesitar, tudo. Afinal, a exigência constitucional de licitação é decorrência do princípio da publicidade, em outras palavras, o processo licitatório é uma das formas de tornar transparente a atuação administrativa.

7.2.2 Segurança Nacional – necessária delimitação da expressão, em face da sua má utilização pelo Poder Público

As palavras, como tudo na vida, também, evoluem. Mudam seu emprego, seu significado, seu conceito, acompanhando a evolução social. Trata-se da utilização da ciência da Hermenêutica.

Essa assertiva cabe como uma luva no caso da segurança nacional, termo de uso freqüente nos dias atuais.

O senso comum e mesmo a definição dos dicionários indicam que ela seja algo em trono da defesa do país, da nação, contra a agressão estrangeira.

Mas isso não contém toda a verdade, a defesa nacional é apenas uma parte do conceito dominante de segurança nacional.

O conceito apareceu com freqüência ligado à Lei de Segurança Nacional, a LSN. Todos lembram, o grande números de presos, perseguidos, torturados e condenados em nome da segurança nacional. Essas vítimas se opunham a ditadura.

Nessa época, a segurança nacional era argumento para toda perseguição política.

Agora é usada para impedir o acesso às informações sobre o uso dos recursos públicos. Será que isso é possível em pleno século XXI, num país fundado no princípio Republicano?

Deve-se fazer uma análise sobre a tal clamada segurança nacional. Será que pode ser invocada sempre?

A Constituição Federal, no art. 5º, XXXIII da CF, preconiza:

[...] todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, **ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado** [...] .(grifo nosso)

A possibilidade do sigilo para se resguardar a segurança nacional é inquestionável, sem maiores esforços hermenêuticos, é o entendimento que deve ser extraído da norma citada.

A Lei nº 11.111, de 5-5-2005, regulamenta o inciso constitucional acima transcrito, elegendo como regra geral o acesso aos documentos públicos, ressalvadas as

hipóteses de sigilo indispensável à segurança da sociedade e do Estado. No mesmo sentido prescreve o art. 4º da Lei nº 8.159, de 8-1-1991, que dispõe sobre a política de arquivos públicos e privados.

O art. 3º dessa Lei nº 11.111/05 permite que o Regulamento classifique os documentos abrangidos pelo sigilo estatal como sendo de mais alto grau de sigilo, hipótese em que o acesso a esses documentos ficará restringido por 30 anos, prorrogável, por uma única vez, por igual período (§ 2º do art. 23 da Lei nº 8.159, de 8-1-1991).

Ressalte-se que a classificação de documentos sigilosos, apesar de não regulada em lei, não pode ser feita aleatoriamente, mediante aposição de carimbo confidencial ou reservado neste ou naquele documento, como tem denunciado, equivocadamente, a imprensa. Ela deve ser precedida de análise criteriosa pela Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas no âmbito da Casa Civil da Presidência da República.

Cabe à autoridade competente para classificação dos documentos no mais alto grau de sigilo, antes da expiração do prazo de prorrogação de que cuida o § 2º do art. 23 da Lei nº 8.159/91, provocar a manifestação daquela Comissão existente na esfera da Casa Civil da Presidência da República, para que avalie quanto à permanência da situação de ameaça à soberania, à integridade territorial ou às relações internacionais do País, decidindo pelo levantamento da interdição ou de sua manutenção pelo tempo que estipular (§ 2º do art. 6º da Lei nº 11.111/05).

Qualquer interessado poderá, também, provocar a manifestação, a qualquer momento, daquela Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas para que reveja a decisão de ressalva ao acesso a documento público classificado com sendo de mais alto grau de sigilo, a qual, poderá decidir pela autorização de acesso condicionado ao documento, ou permanência da ressalva a seu acesso (§§3º e 4º do art. 6º da Lei nº 11.111/05).

Essa é a direção, em linhas gerais, encontrada no nosso ordenamento jurídico, constitucional e infraconstitucional. Alguns questionam se as leis supracitadas são inconstitucionais. Ao que se sabe, nunca foi declarada a inconstitucionalidade delas.

Resta verificar se documentos relativos à execução de despesas públicas subsumem-se, ou não, às hipóteses de sigilo ditadas pela segurança da sociedade ou do Estado.

Vale lembrar que o Decreto nº 5.482/05, que instituiu um sítio na Internet – o Portal da Transparência do Poder Executivo Federal – em seu art. 4º excepciona do princípio da publicidade “os dados e as informações” sobre a execução orçamentária e financeira de União, “cujo sigilo seja ou permaneça imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos da legislação”.

Esse preceito regulamentar tem sua matriz no art. 86 do Decreto-lei nº 200/67, que institui o sigilo sobre movimentação de créditos com despesas reservadas ou confidenciais, prescrevendo que a tomada de contas dos responsáveis por essas despesas deve observar o seu caráter sigiloso. Resta claro, portanto, que o sigilo não afasta o dever de prestar contas.

A indagação que surge é se esse decreto, no tocante a essa matéria específica, foi recepcionado pela Constituição da República.

Esse dispositivo do Decreto-Lei nº 200/67, está sendo questionado no Supremo Tribunal Federal, pelo Partido Popular Socialista, por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), sob o fundamento de que não teria sido recepcionado pela Carta Política de 1988.

Cabe à Corte Suprema dar a última palavra sobre o assunto.

Entende-se, porém, que documentos públicos, concernentes à execução de despesas públicas podem, em tese, constituir documentos sigilosos no interesse da segurança da sociedade ou do Estado, é o que reza a parte final do inciso XXXIII do art. 5º da

Constituição Federal em vigor. Afinal, tornar pública e transparente a despesa pública não se resume na indicação do montante da despesa realizada, como tem sido feito no Portal da Transparência do Poder Executivo Federal. Envolve, necessariamente, a indicação da causa da despesa e da menção expressa de sua finalidade, fato que pode, eventualmente, esbarrar nos segredos do Estado.

Com relação às despesas públicas feitas por certas autoridades e determinados servidores públicos, como as veiculadas pela mídia (saques em dinheiro, compras em feiras de piratarias, em bares e supermercados, compras de tapiocas, abastecimento de residências oficiais etc.) torna-se difícil saber o que é pior: esconder essas despesas debaixo do tapete, ou publicá-las no Portal da Transparência.

Segundo Harada (2008), quando esses desvios de finalidade são noticiados em órgão público, em nome da transparência, é sinal de que há total perda de referencial ético. Querem que a sociedade aceite como normal algo que é irregular, é incorreto, é danoso ao erário e que configura improbidade administrativa, e, às vezes, conduta criminalmente tipificada.

E segundo o mesmo autor, no tocante aos cartões corporativos devem ser extintos por ausência de base legal e que por isso mesmo são incontroláveis.

Celso de Mello, Ministro mais antigo do Supremo Tribunal Federal, se mostra preocupado com a possibilidade de o governo usar a o conceito de segurança nacional como argumento para manter despesas com cartão corporativo sob sigilo. Entende o mesmo, que a segurança nacional é uma razão que não pode ocultar desmandos administrativos e muito menos legitimar atos de improbidade administrativa, venham eles de qualquer órgão.

As pequenas despesas, nem sempre são tão pequenas, devem obedecer ao regime de adiantamento previsto no art. 68 da Lei nº 4.320/64, que pressupõe prévio empenho na dotação própria.

No documento materializador do empenho – a chamada nota de empenho – constará obrigatoriamente a indicação do nome do credor, a especificação e a importância da despesa, bem como a dedução desta do saldo da dotação própria (art. 61 da Lei nº 4.320/64), elementos esses indispensáveis ao efetivo controle e fiscalização de gastos públicos.

Parece clara, a questão é o que pode ser entendido como segurança nacional. Não permitindo o uso dessa expressão como forma de burlar a lei.

É o suposto conflito entre o direito do Estado de manter em sigilo algumas de suas atividades, havendo, com isso, uma reserva de intimidade para próprio Estado e, por outro lado, o direito que têm os cidadãos de exigir uma democratização da Administração Pública.

O que se pretende, neste momento, é defender uma Administração aberta, sem opacidade, repudiando, por conseguinte, a Administração fechada, marcada por autoritarismos, fundada em segredos e que afasta os cidadãos do seu controle.

8 CONCLUSÃO

1. Princípios significam os pontos básicos que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito, consistem no próprio sustentáculo do direito. Trata-se da razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em verdadeiros axiomas.

2. Na verdade, o princípio constitucional republicano funciona como garantidor da publicidade, ou seja, o fato dos administradores estarem gerindo a “coisa pública” implica na obrigatoriedade do cumprimento do princípio da publicidade e, por outro ângulo, a efetivação da publicidade reafirma os valores fundamentais da República.

3. A publicidade é o princípio constitucional propiciador de direitos fundamentais, como direito à cidadania, à informação e à privacidade.

4. A publicidade não se confunde com propaganda, uma vez que, ao contrário desta, traz consigo o sentido de interesse público. Não tem o mesmo significado que notificação, à medida que esta tem em mira levar ao conhecimento de número delimitado de pessoas a ocorrência de fatos, enquanto a publicidade visa dar conhecimento à coletividade. Da mesma forma, difere da Comunicação, área esta dedicada ao “poder/dever de informar”.

5. Numa democracia a publicidade é regra básica do poder e o segredo, a exceção – o campo dos segredos de Estado encontra-se extremamente limitado.

6. Constitui, pois, a publicidade, chave-mestra na luta pela visibilidade das ações da Administração Pública. Nesse sentido, associando-se a outros princípios constitucionais, como o da moralidade, legalidade e impessoalidade, o princípio da publicidade impõe normas de condutas administrativas, às quais estão sujeitos todos os agentes que falam e decidem em nome do Estado.

7. A publicidade máxima da Administração, frente ao segredo precedente e o respeito com todo o âmbito pessoal intocável, por parte da Administração, são os novos pólos da relação Administração/administrados.

8. A partir da informação é possível recorrer aos diversos meios colocados a serviço da cidadania – devido processo legal, direito de petição, direito de vista, direito de obter certidões e *habeas data* -, para eventual correção de dados equivocados, e, ainda, para impedir ou coibir invasão de privacidade.

9. O princípio da publicidade deve permear todos os atos de Administração, condicionando a eficácia e validade de todos os atos administrativos, a garantia da igualdade de oportunidades entre os participantes nas licitações e a possibilidade de a sociedade saber com quem e como a Administração contrata.

10. A publicidade dos atos da Administração, no campo da licitação pública, é de tremenda importância para os concorrentes, pois se dá a eles a certeza do que está ocorrendo nas diversas etapas do processo, bem como os possibilita de elaborar seus planejamentos e recursos administrativos em caso de descontentamento com alguma decisão que venha a ser tomada pela comissão de licitação, ou mesmo se houver alguma irregularidade ou ilegalidade no certame. Por outro lado, confere à Administração a certeza de que a competitividade restará garantida, para a seleção da proposta mais vantajosa.

11. A possibilidade de participação popular instaura a discussão acerca da legalidade da futura contratação que se dará pela via licitacional, permitindo a participação da sociedade no processo de tomada de decisão e democratizando a gestão administrativa, configurando-se, ainda, importante instrumento de controle da moralidade e probidade da Administração Pública.

12. Numa democracia que prestigia a publicidade e a motivação dos atos estatais, bem como a participação popular na definição das políticas públicas e na gestão da coisa

pública, é incompatível a forma secreta e residual de tomada de decisões. Havendo um *numerus clausulus* da sigilosidade estatal, a regra é a da mais completa transparência.

13. O sigilo só se justifica quando for indispensável. Não basta que seja melhor, menos desgastante, ou que torne menos oneroso o desempenho da atividade. Ocorre, porém, que mesmo à custa do maior ônus para o administrador, a República e o Estado Democrático de Direito clamam por transparência no exercício do poder.

14. O direito à informação é um instrumento de significativa importância para o desenvolvimento do Estado e da participação da pessoa no exercício da cidadania.

15. O regime democrático é a prática do poder público em público. E essa visibilidade é fundamental. Por uma razão básica: hoje vivemos num Estado de Direito, fundado em bases democráticas e regido por uma Constituição que não tolera o poder que oculta nem admite o poder que se oculta.

16. O que se espera é que, no futuro não muito distante, a Administração abandone as suas defesas – cumprindo a legislação e respeitando os princípios constitucionais, não se aproveite mais da carência de consciência de cidadania das camadas econômica e culturalmente menos favorecidas e não usurpe o Poder silenciosamente.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. **Dicionário jurídico**. 2.ed. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BANDEIRA DE MELLO Celso Antonio. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Ed. RT, 1980.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2.ed. São Paulo: Malheiros. 1998.

_____. **Curso de direito administrativo**. 11.2ed. São Paulo: Malheiros. 1999.

_____. **Curso de direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito administrativo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A democracia e suas dificuldades contemporâneas**. Jus Navegandi, Teresina, Ano 5, n. 51, out.2001. Disponível em <http://jus2.vol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290>. Acessado em 11/02/2008.

_____. **Curso de direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de direito administrativo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**. 3. vol., tomo III. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Curso de direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 4.ed. São Paulo: Paz e Terra Política, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998..

BORGES, Alice Gonzáles. **Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília: DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei Federal n. 9794 de 1999.

BRASIL. Lei Federal n. 8666 de 1993.

BUENO, Silveira. **Grande dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Lisa, 1985.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16.ed. São Paulo:Malheiros, 2004.

_____. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CENEVIVA, Walter. **Publicidade e o direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

COUTO E SILVA, Almiro. **Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo**. Revista de Direito Público n. 84. São Paulo, 1984.

CRETILLA JÚNIOR **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1983.

_____. **Comentários à constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Publicidade das licitações mediante utilização dos registros públicos**. O Estado de São Paulo: 22 de maio de 1991.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. **Vocabulário jurídico**. 26.ed. São Paulo: Forense, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 1995.

_____. **Direito administrativo**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DROMI, Roberto. **Licitación pública**. 2.ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

_____. **Derecho administrativo**. 10.ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Sereo**. Trad. por Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001

FERRAZ, Sérgio. **Controle da administração pública na constituição de 1988**. RDA 188, (20--).

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2.ed., ver. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito administrativo**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil – direito fundamental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo e FERNANDEZ, Tomas Ramon. **Curso de derecho administrativo**. Montevideú: s/ed. 1977

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GORDILHO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Macchi, 1980 tomo 2.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11.ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LASO, Enrique Sayagues. **La licitación pública.** (A licitação pública). 9.ed. Montevideu: Bookman, 1978.

LAUBADÈRE, André de. **Traité élémentaire de droit administratif.** 3.ed. Paris: L. G. D. J., 1963.

MARTINES JÚNIOR, Eduardo. **República e isonomia:** licitação e sua inexigibilidade na contratação de serviços advocatícios pelo Poder Público. São Paulo: Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 12, n. 47, abr/jul, 2004.

_____. (coord.). **Estudos sobre a lei de licitações e contratos.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

MEDAUAR, Odette. **A processualidade no direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Direito administrativo concreto.** 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contratos administrativo.** 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Licitações e contratos administrativos.** 12.ed.. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Direito administrativo brasileiro.** 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito administrativo brasileiro.** 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2001

_____. **Direito administrativo brasileiro.** 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Renato Geraldo. **A licitação é regra ou exceção:** repensando a contratação direta. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, ano I, n. 9, 2001. disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>, acesso em 4/03/08.

NERY, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios constitucionais reguladores da administração pública.** São Paulo: Atlas, 2000.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.** Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

PIOVESAN, Flávia. **Segurança Jurídica e direitos humanos:** o direito à segurança do direito. Texto que compõe a obra Constituição e segurança jurídica, estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Coordenada por Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. **Dicionário de comunicação**. São Paulo: Ática, 1987.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIBEIRO JÚNIOR, João Ribeiro. **Teoria Geral do direito constitucional**. Bauru-São Paulo: EDIPRO, 1997

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco T. **Manual prático das licitações**. 5.ed. São Paulo: Saraiva 2005.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

PLA RODRÍGUEZ, Américo. **Los principios del derecho del trabajo**. 3.ed. Depalma: Dic, 1998.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Princípios constitucionais brasileiros**. São Paulo: Revista Trimestral de Direito Público, n. 1, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, Direitos Fundamentais e proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro**. In *Constituição e Segurança Jurídica*, coordenado por Carmem Lúcia Antunes da Rocha. 2.ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2005

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Constituição e segurança jurídica**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica**. Belo Horizonte: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. V. 58, n. 1(jan/março), 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia**. Madrid: Trotta, 1995. Traduzido por Marina Grecón.