

PUBLICAÇÕES NECESSÁRIAS EM LICITAÇÃO E CONTRATO

Ivan Barbosa Rigolin

I – Este sintético apanhado se inspira em freqüentes consultas a que respondemos sobre *publicidade em licitação*, e o que se deve publicar dentro de um procedimento licitatório, e onde, e por quantas vezes, e com que conteúdo. Com efeito, a lei de licitações não constitui roteiro seguro para a sistematização de questões como esta – como de resto de quase nenhuma outra -, de modo que é sempre proveitoso ensaiar fazê-lo.

A primeira regra a seguir é a de que *se publica apenas o que a lei manda publicar*, nos exatos termos da lei ou, ocasionalmente, até *menos do que isso* como adiante será visto – porque o fato é que ninguém pode confiar na Lei nº 8.666/93 e na sua suficiência metodológica ou didática, que é escassa. Esta lei de licitações contém lacunas e incongruências internas simplesmente inacreditáveis, de modo que não é de estranhar que existam publicações sabidamente imprescindíveis *mas que a lei não menciona* como necessárias.

Assim, vale a primeira regra, mas... à maneira brasileira.

II – Uma segunda regra de lógica e de racionalidade institucional, de resto aplicável a qualquer disciplina humana, informa que apenas tem sentido publicar o que interessa a um universo desconhecido, ou previamente imensurável, potencialmente grande, de interessados. A publicação em caso assim

faz todo sentido, eis que assegura a aplicação do princípio da publicidade aos atos administrativos, ou jurídicos, ou institucionais, a todo o possível e necessário universo de interessados.

Se ao invés daquilo esse universo – que nome... - é conhecido e delimitado de antemão, então a necessidade de publicação de qualquer ato que lhes possa interessar começa a perder sentido, pois que bastará uma comunicação pessoal notificadora daquele ato ao conhecido colégio interessado, a ser respondida adequadamente como recebida, para suprir a perfeita relação de comunicação do mesmo ato, e para que assim o procedimento possa legitimamente prosseguir com os que, após comunicados, se revelarem interessados. É apenas a lógica e a racionalidade das comunicações institucionais que o resume.

Muita vez entretanto a lei manda publicar atos e contratos sobretudo, quando não exclusivamente, para deles dar ciência à população, às autoridades fiscalizadoras, à classe política, às autoridades administrativas de outras esferas e de outras entidades, a pessoas de direito privado vertidas ao ramo respectivo de atuação, todos esses potencialmente interessados em conhecer a existência ou o teor daqueles documentos. Em casos assim a falta de publicação macula juridicamente o ato, muita vez de modo irremediável, valendo aqui recordar a regra segundo a qual *é mais grave não publicar que publicar com atraso*.

E, quando ocorre a publicação com atraso, esta não pode falsear dados e elementos mas deve refletir a verdade histórica e ser fiel aos fatos, como por exemplo, numa publicação de extrato de contrato que informe as datas corretas da contratação ou de outros fatos acontecidos, jamais “convenientemente” os alterando para tentar consertar omissão ocorrida no passado - porque tal significaria simplesmente faltar com a verdade em documento público, o que para a Administração constitui o crime de *falsidade ideológica*, contemplada no art. 299 do

Código Penal.

III - Pela Lei nº 8.666/93, ou pela tradição necessária e mesmo fora do regramento da lei, publicam-se os seguintes atos em matéria de licitação e de contrato da Administração:

a) *resumo do edital* (art. 21), com os elementos de indicação das partes, data, objeto, valor e eventualmente das condições de pagamento, prazo ou duração e eventualmente prorrogabilidade, rubrica orçamentária a ser onerada, fundamento jurídico (o que indicará se houve ou não licitação), e ocasionalmente algum outro elemento que o ente contratante entenda judicioso divulgar.

O roteiro que a lei indica de que elementos publicar não é menos que lamentável, e deve ser levado tão a sério quanto a generosidade do cidadão que, conhecendo o gosto por whisky de seu amigo, oferece-lhe como mimo uma pedrinha de gelo. Está a um passo do ridículo já que não prevê publicar o que é mais essencial, e por isso precisa ser suprido pelo senso de racionalidade de quem precisa publicar o resumo de um contrato público.

Desde o início da vigência da atual lei de licitações se aceita que haja apenas duas publicações, sendo uma na imprensa oficial e outra em jornal diário de grande circulação no Município. Se há dinheiro estadual envolvido a imprensa oficial é o Diário Oficial do Estado. Se há dinheiro federal, é o Diário Federal da União. E o jornal diário é particular, como a *Folha de São Paulo* ou *O Estado de S. Paulo* por exemplos.

Por fim, quem custeia estas publicações é o poder público contratante, como uma originária e natural obrigação sua que de resto é condição de validade jurídica do que segue, revelando-se pouco idônea a previsão desse ônus para o contratado, como vez que outra se observa em editais de licitação;

b) modificações ao edital (art. 21, § 4º), nos mesmos veículos em que o resumo do edital foi publicado, com reabertura de prazo ou não, conforme seja ou não modificada a expectativa dos licitantes ante a modificação – é o que diz a lei, por/em neste momento vamos além.

Mesmo que a modificação pretendida pela Administração licitadora se refira apenas a habilitação e não a propostas, na maioria dos casos *é preciso, sim, devolver o prazo de publicidade*, porque a alteração da exigência pode ser de tal monta e relevância que altere fundamentalmente toda e qualquer expectativa dos potenciais licitantes.

Exemplificando, se até dois dias antes da abertura de uma concorrência o ente público exige três documentos habilitatórios arqui conhecidos e muito frequentes, e se no dia seguinte – um dia antes da abertura – altera essa exigência para requerer a apresentação de dezenove documentos, os mais variados e de marcada dificuldade para obtenção, então não será justo nem razoável manter o dia originário da abertura, porque é evidente que os licitantes estarão sendo gravemente prejudicados.

E não se cuida de proposta como visto, mas de habilitação. Mas o prazo de publicidade do edital *precisam ser devolvidos aos interessados*, como a lógica mais primitiva indica, Confiar na lógica da lei de licitações é mais ou menos como esperar pelo sucesso de um diálogo entre homem e jacaré faminto – na água;

c) anulação ou revogação do edital, sem artigo expresso mas por necessária simetria com o art. 21, que manda publicar o resumo do edital. Resta virtualmente inimaginável e juridicamente inconcebível que o ente licitador, resolvendo revogar ou anular um edital que anunciou por publicação do seu resumo, deixe de publicar o ato da revogação ou da anulação que daquele procedeu. Mas a lei

de licitações nada diz a respeito...

d) interposição de recurso da habilitação, ou de recurso do julgamento das propostas, ou da anulação, ou da revogação da licitação, ou ainda – e agora já avançando para matéria contratual - da rescisão do contrato (art. 109, § 1º, c/c inc. I, a, b, c e e. Nestes casos publica-se apenas que ingressou o recurso, se e quando ingressar, naturalmente não se publicando todo o teor do recurso, algo impensável.

Mas aqui uma observação: não tem sido exigida nem cobrada essa publicação, simplesmente porque o universo dos interessados é conhecido e costuma ser pequeno, e se for mais prático pode a Administração notificar oficialmente a todos de que o recurso ingressou, para que aqueles, querendo, oponham contra-razões (na lei de licitações referidas como *impugnações* aos recursos) no prazo legal.

Mesmo quando a lei manda publicar, ou parece mandar – eis que a lei é tudo menos clara, até em questões assim -, é certo que não faz muito sentido publicar algo que apenas interessa a, por exemplo, três ou quatro pessoas conhecidas, participantes do processo e de endereço certo e incontestado. A prova de que esses interessados foram notificados deve constar do processo, pena de nulidade desse ato e de tudo quanto siga.

Quando a publicação não é um ato-condição de tanto quanto siga na licitação, uma regra útil é a de que apenas se publica, antes por conveniência que por imposição legal expressa, o ato que interessa a um número tido como grande pelo ente público, que dificultaria a identificação individual; a publicação na imprensa oficial é o meio técnico de identificar oficialmente a quem quer que seja, ainda que custe dinheiro público;

e) extrato do contrato e de aditamentos contratuais, em

resumo (art. 61, parágrafo único). Aí se incluem os resumos dos termos dos contratos e os das prorrogações contratuais havidas, todos os quais detêm a mesma dignidade e a mesma importância jurídica. Um contrato público que por omissão não se publica contém uma falha grave de juridicidade, e se *pilhado* pela autoridade fiscal poderá até mesmo ser declarado nulo por essa razão.

E a questão da nulidade contratual como bem se sabe implica problemas sem conta, na medida em que, por exemplo, um contrato pode já estar *bem* executado e pago, e se então vier a ser declarado nulo é de imaginar a *tragédia* institucional e financeira que isso pode ocasionar, e com frequência enseja, desbordando amiúde para a contenda judicial – tudo facilmente evitável com apenas o cuidado por parte do ente público, de realizar a publicação oficial a tempo;

f) *anulação* ou *rescisão do contrato*, sem artigo específico em face da péssima qualidade da lei, mas indispensável tanto quanto é a publicação da anulação ou da revogação do edital, e até por uma razão a mais: a revogação do contrato abre ensanchas ao *recurso administrativo* previsto no art. 109, inc. I, al. *e*, sempre à disposição dos interessados, e tal direito, por evidente, deles não pode ser subtraído. A anulação não comporta recurso, mas precisa igualmente ser publicada, tanto quanto o foi o contrato em resumo;

g) imposição de *penalidade*, e *resultado do recurso respectivo*, matéria sem artigo específico mas restando também absolutamente indispensável essa publicação, porque *altera ou restaura direitos alheios* à Administração.

Outros atos relativos ao procedimento prévio à imposição da pena não precisam ser publicados, eis que são internos ao ente respectivo, e apenas interessam ao indiciado, que de tudo precisa ser oficialmente comunicado. Diferente é o ato que apenas, que exige publicação porque produz efeitos externos

muito importantes, como no caso da *suspensão*, com efeito no ente que a aplicou tão-somente segundo prescreve a lei, e no da *declaração de inidoneidade*, que, na forma da mesma lei, acarreta imenso estrago ao apenado em todos os entes públicos da república federativa do Brasil.

IV - Reste claro que *não é preciso publicar* atos como *homologações* das licitações, *adjudicações* do seu objeto ao vencedor, *convocações para a contratação*, *prorrogações de prazo* para o atendimento dessas convocações, nem nada mais que simplesmente, sendo atos *internos* ao ente licitador, apenas interessam ao próprio ente na sua relação com alguém certo e determinado dentro do processo licitatório, e que são praticados apenas para que a licitação possa enfim ensejar o efeito da contratação.

Ou seja: esses acima exemplificados e ainda outros não citados, são *atos-condição* ao prosseguimento regular de procedimentos de licitação, sem os quais não prosseguem legitimamente aqueles procedimentos. São atos internos e são atos-condição de outros atos.

Assim, não teria sentido o poder público publicar atos que apenas a ele, poder público, interessam, e seguramente foi por isso a lei de licitações não mandou publicar tais atos. Se a lei não manda publicar nem mesmo alguns atos de comunicação pública obrigatória, imagine-se atos internos como esses – mas nesse silêncio a lei acerta.

V - Sobre publicação das *atas de registro de preços*, a questão parece estar suficientemente resolvida na própria lei de licitações,

O § 2º do art. 15 da Lei nº 8.666/93 - que de resto quase ninguém no país cumpre -, é a solução do problema.

Manda que os preços registrados sejam publicados trimestralmente na imprensa oficial, o que não deixa de afigurar-se patético, na medida em que a publicação apenas serve para informar outros entes públicos sobre o mercado, além de ilustrar o próprio mercado, os licitantes, os particulares, tudo com grande dispêndio de recursos públicos.

Teria algum sentido um ente público gastar – torrar – seu rico e cada dia mais sofrido dinheirinho apenas para informar outros entes públicos os preços que obteve em uma licitação de registro de preços ? Não se vislumbra.

O princípio da economicidade, o da finalidade, o do interesse público, o da proporcionalidade, o da motivação, o da eficiência (neste caso dos gastos públicos), todos previstos na Carta federal (arts. 37 e 71) e nas estaduais (CE – SP, art. 111) onde ficariam ?

Como defender a boa finalidade de uma despesa que não atende o interesse do ente público que gasta, mas que apenas serve para informar outros eventuais entes públicos, ocasionalmente interessados ? É para isso que um Prefeito se elege, ou um Governador de Estado ? Para gastar dinheiro apenas informando outros organismos públicos ? Não seria esse um caso de *desvio de finalidade*, suscetível das ações judiciais e das penalidades as mais severas ?

Por outro lado, não existe senso lógico, nem sentido técnico nenhum, em publicar atas tão-logo saiam expedidas e, depois, em adição a isso, publicar os preços trimestralmente, eis que é apenas para publicá-los que a lei manda publicar as atas de registro de preços, e não para outro efeito.

Uma eventual dupla publicação apenas multiplicará uma despesa que já é só em si excessiva, burocrática, antieconômica, irrazoável e ineficiente, e, como visto, afrontadora de um punhado de princípios constitucionais de administração.

Não é por outras razões, assim sendo e portanto, que pouquíssimos agentes públicos em nosso país publicam os preços que conseguiram registrar, seja trimestralmente, seja na periodicidade que for. Fazem-no assim, porque têm mais juízo que esta *medonha* lei nacional de licitações.

VI – Quanto a publicações necessárias no pregão presencial, pelo roteiro da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2.002, é obrigatória tão-somente a publicação do *resumo do edital* (art. 4º, inc. I) na imprensa oficial do ente, ou, em não a existindo, em jornal de circulação local. Nada mais de estritamente obrigatório pela lei do pregão presencial.

O mesmo inc. I do art. 4º menciona que, conforme seja o vulto do negócio pretendido, também precisará haver publicação em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento a que se refere o art. 2º. Ora, o *caput* do art. 2º da Lei nº 10.520/02 está *vetado* desde o nascedouro da lei, e era no *caput* que se encontrava a previsão de que o pregão presencial seria regulamentado para informar, entre outras coisas, quais os serviços e os bens que se poderiam licitar por pregão.

O art. 2º, anencéfalo portanto, assume a característica de *frango de macumba*, degolado porém ainda ativo já que os §§ 1º a 3º permanecem vigentes e válidos. Artigo sem cabeça mas com tronco e membros, algo bem próprio ao ordenamento jurídico da república dos tupiniquins, dos hã hã hãe e dos kranhakãcores.

Desse modo, nenhuma outra obrigação de publicar atos do pregão remanesce na lei do pregão presencial – e o pregão eletrônico, previsto naqueles três parágrafos do art. 2º da lei do pregão presencial, nada têm com o pregão presencial.

Ocorre, porém, que em bom momento, art. 9º, a

curtíssima lei do pregão presencial fixou que se aplica subsidiariamente a essa modalidade licitatória a lei de licitações. Se assim é, recomenda-se enfaticamente que o pregoeiro tente observar o que antes foi dito neste igualmente artigo quanto a publicações necessárias num país institucionalizado e juridicamente racional, ainda que a lei a tanto não obrigue.

Quanto a essa forte recomendabilidade, formula-se-a apenas atende a métodos íntegros e recomendáveis de trabalho, algo a mais do que simplesmente fazer cumprir a diretas imposições legais, mínimas como se viu no pregão presencial.

VII - E quanto, por fim, ao pregão eletrônico toda esta matéria de publicação física fica bastante prejudicada ante os termos do § 3º do art. 17 do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2.005, vez que permite reduzir as publicações físicas, que o art. 17, incs. I a III, manda que sejam realizadas na imprensa oficial e em jornal de grande circulação, a publicações eletrônicas, a quem se cadastrar digitalmente.

Isso entretanto parece claramente preservar a necessidade da publicação do aviso do certame, nos casos dos incs. II e III do art. 17 do Decreto, em jornal de grande circulação, já que tal não pode ser suprida por publicações eletrônicas em *sites* oficiais. O critério para essa exigibilidade, como se disse, é a estimativa do valor do contrato pretendido pelo ente licitador, dentro das faixas estipuladas naquele art. 17 regulamentar.

VIII – Outras licitações existem no país, não regidas originariamente nem principalmente pela Lei nº 8.666/93 mas por feixes normativos

diversos, invariavelmente com aplicação subsidiária da lei nacional de licitações (¹).

É o caso das *concessões de serviço* da Lei ° 8.987/93; das *PPPs – parcerias público-privadas* da Lei nº 11.079/04; dos *consórcios públicos* da Lei nº 11.107/05; do *RDC – regime diferenciado de contratações* da Lei nº 12.642/11, ou o “chamamento públicos” previsto na lei do assim chamado *marco regulatório das parcerias voluntárias entre o poder público e entidades particulares* (Lei nº 13.019/14), apenas por exemplos.

Deixamos de estender esta resenha de publicações necessárias ao campo dessas leis. Cada qual contém particularidades quanto a publicações necessárias, naturalmente que devem ser observadas mas que em geral não destoam da lei nacional de licitações nem dos princípios de administração aplicáveis e que apenas contêm algumas necessárias adaptações a cada escopo específico de cada diploma.

¹ Por mais ginástica que os sucessivos governos façam para afastar do prosclênio a merecidamente mal-afamada lei nacional de licitações, o fato certo é que *todo o ordenamento do país ainda depende dela umbilicalmente*. Sem a lei de licitações o país pararia de chofre, pois que cada nova e “revolucionária” instituição voltada a negociações e colaborações público-privadas, em uma sucessão de leis *uma mais horripilante do que a outra* desde há ao menos uns quinze anos, observa-se que a nação se apóia por inteiro naquela lei. Fala-se muito e muito se resmungam pelos corredores palacianos e governamentais de todo nível, mas nem o Executivo nem o Congresso produzem coisa nenhuma que substitua a Lei nº 8.666/93. Opostamente, só a revalorizam a cada nova instituição.