

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.229 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : **REDE SUSTENTABILIDADE**
ADV.(A/S) : **CASSIO DOS SANTOS ARAUJO E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **ASSOCIACAO NACIONAL DE JORNAIS**
ADV.(A/S) : **GUSTAVO BINENBOJM**
ADV.(A/S) : **ALICE BERNARDO VORONOFF DE MEDEIROS**
ADV.(A/S) : **ANDRE RODRIGUES CYRINO**
ADV.(A/S) : **RAFAEL LORENZO FERNANDEZ KOATZ**

DECISÃO: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela REDE Sustentabilidade, em face da Medida Provisória 896, de 2019, por ofensa aos artigos 5º, IV, IX e XIV; 22, XXVII; 37, XXI; 62; 173 e 220, todos da Constituição Federal, bem como por afronta ao art. 13 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.

Em síntese, a Medida Provisória alterou as Leis 8.666/93 (Lei das Licitações), 10.520/02 (Lei do Pregão), 11.079/04 (Lei das PPPs) e 12.462/11 (Lei do RDC), para dispensar a obrigatoriedade de publicação de atos administrativos em jornais diários de grande circulação, passando a exigir apenas a publicação em diário oficial ou sítio eletrônico oficial do respectivo ente, facultando aos Estados e aos Municípios utilizarem o sítio eletrônico da União.

Entende a requerente que, na linha do que foi determinado pela edição da Medida Provisória 892 (que dispensou a publicação dos balanços em jornais), o Poder Executivo, na verdade, *“objetiva desestabilizar uma imprensa livre e impedir a manutenção de critérios basilares de transparência e ampla participação no âmbito das licitações”*.

Informa que, na exposição de motivos, o Governo afirma que a obrigatoriedade de publicação de atos administrativos em jornais de grande circulação vem se mostrando, cada vez mais, inapta para garantir

ADI 6229 MC / DF

a publicidade dos atos governamentais, tratando-se de obrigação obsoleta, e que a continuidade da obrigação legal representa um gasto adicional e injustificado aos cofres públicos.

A requerente ainda relaciona diversas situações em que o Presidente da República dirigiu ataques a Grupos de Comunicação, como Grupo Globo e programa Jornal Nacional, demonstrando seu descontentamento com a imprensa, e que, quando da publicação da MP 892/2019, teria dito “Eu espero que o Valor Econômico sobreviva à medida provisória de ontem”.

Alega ausência dos requisitos de relevância e urgência a justificar a edição de Medida Provisória sobre a matéria. Traz como argumento, inclusive, que o Plenário da Câmara dos Deputados iniciou discussão e votação do PL 1.292/95, que teve origem no PLS 163/95, do Senado Federal, e trata da nova lei de licitação, prevendo a publicação dos editais no Portal Nacional de Contratações Públicas, a ser criado.

Sustenta que a imposição de que os entes publiquem as licitações em sítio eletrônico oficial não foi precedida de discussão, de modo a trazer insegurança jurídica para sua implementação, de tal forma que um Estado poderá publicar no sítio oficial da secretaria da fazenda e outro Estado no sítio oficial da secretaria de transparência, trazendo consequências para o princípio da ampla concorrência.

Defende que a atividade de publicidade em jornais é uma atividade econômica, não podendo o Estado transpor parcela importante dessa atividade econômica da iniciativa privada para os entes públicos por meio de seus sítios oficiais.

Também argumenta que a medida implica violação ao direito à informação, à transparência e à ampla concorrência nas licitações e que o princípio da publicidade tem a finalidade de impedir o ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam.

Sustenta que a exigência de publicação de atos da administração que onerem o patrimônio público é inerente ao Estado Democrático de Direito.

Assevera que o direito à informação, como substrato da

ADI 6229 MC / DF

transparência, impõe ao Estado que oportunize da forma mais ampla o recebimento das mensagens pelos potenciais participantes de uma licitação.

Cita, como base do direito fundamental à informação o art. XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o art. 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; arts. 10 e 13 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção; art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica; e item 4 da Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão. Alega que a garantia do direito à informação é importante no combate à corrupção.

Define a medida adotada pela MP 896 como um ato de retaliação do Presidente da República contra a liberdade de imprensa, que tem importante papel no controle dos atos estatais. Alega que a MP foi usada com desvio de finalidade e constitui ato de abuso de poder.

Requer a concessão de medida cautelar com a finalidade de suspender os efeitos da Medida Provisória 896, de 2019.

A Associação Nacional de Jornais (ANJ), por meio da Petição 58.457/2019 (eDOC 12), requereu seu ingresso no feito na condição de *amicus curiae*.

Deferi o pedido da ANJ e requisitei informações e manifestações da AGU e da PGR (eDOC 27).

Em 3 de outubro de 2019, por meio da Petição 60.981/2019 (eDOC 29), a ANJ reiterou o pedido de medida cautelar formulado na inicial, a fim de que seja suspensa a eficácia da norma impugnada até o julgamento final da ação. Informa que a Medida Provisória 896/2019 já está afetando o segmento de veículos de comunicação impressos, com o fechamento de jornais municipais.

A Presidência da República encaminhou as informações elaboradas pela Advocacia-Geral da União (eDOC 35).

É o relatório.

Decido.

ADI 6229 MC / DF

A concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade tem-se mostrado instrumento apto à proteção da ordem constitucional, como comprova a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O deferimento da medida depende do atendimento de dois pressupostos: (1) a verossimilhança do direito e (2) o perigo da demora. Reputo que ambos os pressupostos estão presentes no caso em tela, de modo a autorizar a concessão da medida acauteladora, ainda que parcialmente.

Eis o teor da Medida Provisória 896/2019:

“Art. 1º Esta Medida Provisória dispõe sobre a forma de publicação dos atos da administração pública.

Art. 2º A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art.21

.....
III – em sítio eletrônico oficial do respectivo ente federativo, facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, alternativamente, a utilização de sítio eletrônico oficial da União, conforme regulamento do Poder Executivo federal.

.....’
(NR)

‘Art. 34.

§ 1º O registro cadastral deverá ser amplamente divulgado e deverá estar permanentemente aberto aos interessados, obrigando-se a unidade por ele responsável a proceder, com periodicidade mínima anual, por meio da imprensa oficial e de sítio eletrônico oficial, a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados.

.....’ (NR)

Art. 3º A Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 4º

I – a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso na imprensa oficial e em sítio eletrônico

ADI 6229 MC / DF

oficial do respectivo ente federativo, facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, alternativamente, a utilização de sítio eletrônico oficial da União, conforme regulamento do Poder Executivo federal;

.....' (NR)

Art. 4º A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, passa a vigorar com as seguintes alterações:

'Art. 10.

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, por meio de publicação na imprensa oficial e em sítio eletrônico oficial, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato e o seu valor estimado, com a indicação do prazo mínimo de trinta dias para recebimento de sugestões, cujo termo final ocorrerá com, no mínimo, sete dias de antecedência em relação à data prevista para a publicação do edital; e

.....' (NR)

Art. 5º A Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, passa a vigorar com as seguintes alterações:

'Art. 15.

§ 1º

I – publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, na hipótese de consórcio público, do ente de maior nível entre eles; e

.....' (NR)

Art. 6º A Exigência legal de publicação pela administração pública federal de seus atos em jornais impressos considera-se atendida com a publicação dos referidos atos em sítio eletrônico oficial e no Diário Oficial da União.

Art. 7º Esta Medida Provisória entra em vigor na data da sua publicação.”

A norma impugnada objetiva modificar, de forma imediata e a um só tempo, os regimes jurídicos da Lei de Licitações e Contratos Públicos

ADI 6229 MC / DF

(Lei 8.666/93), da Lei do Pregão (Lei 10.520/02) e da Lei do Regime Diferenciado de Contratações (Lei 12.462/11), no que atine especificamente à obrigatoriedade de publicação de atos oficiais em jornais de grande circulação.

Em um juízo de cognição sumária, verifico presentes os requisitos necessários para a concessão do provimento cautelar. Isso porque, a despeito de não restar configurado o alegado desvio de finalidade na edição da Medida Provisória, outros fundamentos autorizam a conclusão de que há plausibilidade jurídica na inconstitucionalidade da norma, quais sejam: (i) a ausência de urgência constitucional da alteração proposta (art. 62 da CF/88), (ii) o risco de que a falta de detalhamento da norma impugnada prejudique a realização do direito à informação, à transparência e à publicidade nas licitações públicas (art. 37, XXI, da CF/88) e ainda (iii) a possível ofensa ao princípio constitucional da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, CF/88). Ademais, resta demonstrado que o perigo na demora da apreciação do mérito da ADI pode gerar danos de difícil reparação ao regime de publicidade dos atos da Administração Pública.

I – Da excepcional verificação dos requisitos de relevância e urgência para a edição de Medida Provisória

A Constituição Federal subordina o poder do Presidente da República de edição de medida provisória a dois requisitos de natureza eminentemente política: relevância e urgência (art. 62). Tais requisitos, inicialmente, são aferidos pelo Presidente da República, e, posteriormente, pelo Congresso Nacional.

A jurisprudência do STF admite que, em situações excepcionais, o Tribunal poderá realizar a sindicabilidade dos requisitos viabilizadores da medida provisória, sobretudo quando a ausência de tais critérios puder ser objetivamente aferida. Nesse sentido, no julgamento da ADI 2.213, assentou-se que *“os pressupostos da urgência e da relevância estão*

ADI 6229 MC / DF

sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias". (ADI 2.213 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 23.4.2004).

No mesmo sentido, já entendeu a Corte que é admitido “o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente” (ADI 2.527 MC, Rel. Min. Ellen Graice, Tribunal Pleno, DJe 23.11.2007).

Destaca-se que, recentemente, a possibilidade de o Poder Judiciário controlar os pressupostos de urgência e relevância para edição de medidas provisórias foi reafirmada pelo Plenário do STF:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N. 558/2012. CONVERSÃO NA LEI N. 12.678/2012. INÉPCIA DA INICIAL E PREJUÍZO DA AÇÃO QUANTO AOS ARTS. 6º E 11 DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 558/2012 E AO ART. 20 DA LEI N. 12.678/2012. **POSSIBILIDADE DE EXAME DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS PARA O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA NORMATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO.** AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. ALTERAÇÃO DA ÁREA DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CONFIGURADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL. AÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, JULGADA PROCEDENTE, SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE. 1. Este Supremo Tribunal manifestou-se pela possibilidade e análise dos requisitos constitucionais para a edição de medida provisória após a sua conversão em lei. 2. **A jurisprudência deste Supremo Tribunal admite, em caráter excepcional, a declaração de inconstitucionalidade de medida provisória quando se comprove abuso da competência normativa do Chefe do Executivo, pela ausência dos requisitos constitucionais de**

ADI 6229 MC / DF

relevância e urgência. Na espécie, na exposição de motivos da medida provisória não se demonstrou, de forma suficiente, os requisitos constitucionais de urgência do caso. 3. As medidas provisórias não podem veicular norma que altere espaços territoriais especialmente protegidos, sob pena de ofensa ao art. 225, inc. III, da Constituição da República. 4. As alterações promovidas pela Lei n. 12.678/2012 importaram diminuição da proteção dos ecossistemas abrangidos pelas unidades de conservação por ela atingidas, acarretando ofensa ao princípio da proibição de retrocesso socioambiental, pois atingiram o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição da República. 5. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada procedente, sem pronúncia de nulidade". (ADI 4.717, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 15.2.2019).

A própria doutrina chancela a possibilidade de controle jurisdicional dos requisitos de urgência e relevância em hipóteses excepcionais. Segundo José Levi Mello do Amaral Júnior, a prática institucional brasileira atrela o requisito da urgência *"não tanto a um determinado lapso temporal, mas, sim, a um juízo político de oportunidade e conveniência"*, usando-se a expressão *"urgência política"*. Admite-se o emprego de critérios objetivos, de ordem jurídico-temporal, para a demonstração objetiva de eventual não ocorrência da urgência a legitimar edição de Medida Provisória, ainda que de forma excepcional. (AMARAL JR, José Levi Mello do. **Medida Provisória: Edição e Conversão em Lei: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135-154).

A sindicabilidade dos requisitos constitucionais de urgência e relevância, ainda que admitida somente em hipóteses excepcionais, decorre da própria estrutura constitucional de atribuição atípica da função legiferante ao Chefe do Poder Executivo. Como bem destacado pela Ministra Cármen Lúcia em obra doutrinária, compete ao Poder Judiciário *"fazer valer a sua competência própria para o exercício do controle de constitucionalidade das medidas provisórias, inclusive quanto aos seus*

ADI 6229 MC / DF

pressupostos, sob pena de vir a se estabelecer um espaço de atuação estatal inexpugnável à jurisdição fiscalizadora de validade dos atos do Poder Público” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Medidas provisórias e princípio da separação de poderes**. In: Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa, p. 44-69. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 62).

Na Exposição de Motivos da Medida Provisória em exame, justifica-se que a existência do requisito de relevância, porquanto o ato normativo visaria a modernizar a forma de publicação de atos e documentos da administração pública, ampliando a publicidade das respectivas informações. Nesse sentido, sustenta-se que:

“Nos últimos anos, a circulação de jornais impressos vem caindo significativamente, ao passo que o acesso aos sítios eletrônicos oficiais tem aumentado. Assim, a obrigatoriedade de publicação de atos administrativos em jornais de grande circulação vem se mostrando, cada vez mais, inapta para garantir a publicidade dos atos governamentais. Trata-se, portanto, de obrigação obsoleta. Além disso, a continuidade da obrigação legal representa um gasto adicional e injustificado aos cofres públicos, cuja situação de desequilíbrio fiscal é amplamente conhecida, exigindo ainda maior comprometimento com a racionalização do uso de recursos e a devida redução de custos. No caso, a Lei nº 8.666/1993, como norma geral para licitações e contratos da Administração Pública, exige a publicação dos avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, bem como dos registros cadastrais, em jornais de grande circulação. Da mesma forma, previsões semelhantes são encontradas na Lei nº 10.520/2002 (licitação na modalidade pregão), na Lei nº 11.079/2004 (Lei de Parcerias Público-Privadas) e na Lei nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratação). Dessa forma, a necessidade de publicação em jornais representa anacronismo imposto à Administração Pública, que não mais se justifica nos dias de hoje, dado os

ADI 6229 MC / DF

avanços tecnológicos ocorridos no campo das comunicações desde a publicação de tais diplomas normativos” (eDOC 35).

Quanto ao requisito de urgência, a Exposição de Motivos justifica que a alteração dos diplomas normativos resultaria em *“imediata diminuição dos custos administrativos, em todas as esferas federativas, referentes às publicações desses atos – o que pode contribuir para melhorar o quadro de crise fiscal dos entes”* (eDOC 35).

Apesar de restar configurada a relevância da matéria, entendo que, no caso dos autos, deve-se examinar o requisito da urgência sob dois aspectos: (i) a urgência para a deflagração do processo legislativo que leve à alteração das normas que atualmente regem a publicidade dos atos administrativos; e (ii) a urgência para a produção de eficácia imediata das novas normas que passariam a regulamentar a matéria. Essa dupla análise do requisito da urgência decorre da natureza dúplice da medida provisória.

A edição de ato normativo primário pelo Presidente da República está condicionada não apenas à comprovação dos requisitos de urgência e relevância (art. 62, *caput*, da CF), mas também à observância dos ritos constitucionais do processo legislativo de conversão.

Editada a MP, o ato normativo descola-se da esfera de atribuição do Executivo, e a aquiescência do Parlamento torna-se condição necessária à sua validade jurídica. O STF inclusive já decidiu pela impossibilidade de retirada da MP após a sua remessa ao Congresso Nacional (ADI 221, da relatoria do Ministro Moreira Alves, DJ 22.10.1993).

Pode-se falar, assim, na natureza dúplice da Medida Provisória: por um lado, é o instrumento hábil a alterar o ordenamento jurídico de imediato; por outro, desencadeia o processo legislativo perante o Congresso Nacional.

Há, assim, uma urgência para a produção de efeitos imediatos e uma urgência para o desencadeamento do processo legislativo, via Medida Provisória. É o que leciona o Ministro Celso de Mello em seu voto na ADI 293, cujos trechos transcrevo:

ADI 6229 MC / DF

“(…) A edição de medidas provisórias decorre de especial competência normativa deferida, pela ordem constitucional, ao Presidente da República. A excepcionalidade dessa espécie normativa, que gera efeitos imediatos após a sua publicação oficial, inovando, desde logo, a própria ordem jurídico-positiva, justifica a sua indeclinável sujeição ao poder de controle, ainda que a posteriori, do Congresso Nacional. É precisamente esta circunstância, de singular relevo jurídico-constitucional – a eficácia imediata da medida provisória – que a distingue do mero projeto de lei e que impõe, em caráter inafastável, a necessidade do pronunciamento parlamentar.

A medida provisória, ao contrário dos meros projetos de lei – que consubstanciam proposta de direito novo -, tem vigência e eficácia imediatas. Emana de ato do Presidente da República e prescinde, em seu iter formativo, na fase interna de elaboração executiva, de qualquer procedimento prévio de institucionalização. Contudo, uma vez editada, submete-se, a medida provisória, a um procedimento de índole constitucional, de instauração obrigatória, destinado a permitir, em momento ulterior, o insuprimível e definitivo controle legislativo do ato presidencial.

O Presidente da República, após a publicação da medida provisória, não mais tem poder de disposição sobre ela. Com a divulgação oficial dessa espécie normativa, desloca-se a sede de seu vínculo institucional, que transita da instância executiva ou interna – em cuja ambiência a ela se formou – para a instância legislativa ou externa, em cujo domínio decidir-se-á a sua incorporação definitiva ao nosso sistema de direito positivo.

Desde que a instauração do procedimento de conversão legislativa das medidas provisórias, na instância parlamentar, traduz ato ritual obrigatório, indeclinável e constitucionalmente vinculado, torna-se evidente que o controle político, e também jurídico, desses atos presidenciais insere-se na esfera das atribuições indisponíveis do Congresso Nacional.

Assim, encaminhada a medida provisória à apreciação legislativa, assiste ao Congresso Nacional, em caráter definitivo

ADI 6229 MC / DF

e subordinante, o poder de aprová-la, com ou sem emendas, transformando-a em lei, ou, então, o de rejeitá-la.

As Casas do Congresso Nacional dispõem, nesse contexto, de amplos poderes para verificar tanto os aspectos políticos da medida provisória, referentes aos pressupostos justificadores de sua edição ou ao próprio conteúdo material que ela exprime, quanto os aspectos jurídicos pertinentes à sua legitimidade constitucional.

A edição de medida provisória gera dois efeitos imediatos. O primeiro efeito é de ordem normativa, eis que a medida provisória - que possui vigência e eficácia imediatas - inova, em caráter inaugural, a ordem jurídica. O segundo efeito prende-se a consequência de ordem ritual, eis que a publicação da medida provisória atua como verdadeira "*provocatio ad agendum*", estimulando o Congresso Nacional a instaurar o adequado procedimento de conversão legislativa, que tem, no projeto de lei de conversão, o seu instrumento jurídico. A lei de conversão pressupõe a existência da própria medida provisória, dado que existe, entre elas, um ineliminável nexos causal. (...)” (ADI 293 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 16.4.1993) (grifei)

Diante dessa sistemática constitucional, fica claro que a urgência para a edição de Medida Provisória não se confunde com a urgência para a eficácia imediata da nova norma.

No caso em tela, ainda que se reconheça a necessidade de modernização do regime de contratações públicas, **a edição da MP não parece ter sido precedida de estudos que diagnosticassem de que maneira e em que extensão a alteração das regras de publicidade poderia contribuir de fato para o combate ao desequilíbrio fiscal dos entes da federação.**

Nesse aspecto, nota-se que **o legislador não se desincumbiu do ônus de demonstrar que a edição da MP seria medida imprescindível ao controle dos gastos públicos envolvidos na divulgação de instrumentos convocatórios em jornais de grande circulação no país.** O

ADI 6229 MC / DF

simples prognóstico de que a alteração legislativa tem a potencialidade de reduzir custos não parece, por si só, suficiente para configurar a urgência autorizadora da eficácia imediata do diploma normativo.

No caso concreto, é possível conjecturar ainda que a avaliação do requisito de urgência deve ser ainda mais criteriosa, uma vez que há diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que pretendem alterar, dentre outros dispositivos, a forma de divulgação dos editais de licitações públicas dos entes federativos. A autora cita como principal exemplo nesse sentido o Projeto de Lei 1.292/1995, que foi intensamente debatido em Comissão Especial da Câmara dos Deputados. E que, em março de 2019, teve seu pedido de regime de urgência aprovado.

Diante da existência de propostas legislativas em trâmite no Parlamento sob o regime de urgência, o recurso ao exercício da função legiferante atípica precisa encontrar justificativa de ainda maior excepcionalidade para que fique caracterizada a sua urgência.

Ademais, mesmo que se entendesse que o requisito de urgência estaria preenchido na edição da MP em exame, verifico que a plausibilidade jurídica do pedido formulado pode se ancorar ainda no risco de violação de princípios constitucionais materiais, conforme será discutido a seguir.

II – Do risco de violação ao direito à informação, à transparência e à realização do princípio da publicidade nas licitações públicas (art. 37, inciso XXI, da CF)

As normas que definem a obrigatoriedade de publicação de atos administrativos em jornais de grande circulação visam a concretizar os princípios constitucionais da publicidade e do direito à informação (arts. 5º, IX, XIV, e 220, *caput* e §§1º, 2º e 3º, CF/88), os quais assumem especial incidência no regime jurídico de contratações públicas.

A falta de publicidade nos procedimentos licitatórios, além de acarretar vícios de nulidade, dá margem a práticas de direcionamento

ADI 6229 MC / DF

dos certames públicos. É inequívoco que o controle social efetivo sobre a divulgação das condições edilícias depende do funcionamento dos mecanismos de divulgação dos instrumentos convocatórios.

É claro que, ao prever as formas pelas quais os editais dos certames serão tornados públicos, o legislador goza de notável discricionariedade. Ocorre que essa liberdade discricionária outorgada ao legislador é uma questão jurídica e suscetível de aferição judicial.

Nesse aspecto, há espaço para se fazer um juízo da Medida Provisória a partir do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*). Isto é, é possível ao judiciário examinar a adequação (*Geeignethei*) e necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo impugnado.

O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, ideia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas.

Além de o princípio da proporcionalidade possibilitar a análise de vício de inconstitucionalidade consubstanciado em excesso de Poder Legislativo, a utilização desta técnica de decisão também permite avaliar o cumprimento do dever do legislador em assegurar uma proteção suficiente aos direitos fundamentais em jogo (*untermassverbot*).

Assim, cabe avaliar no presente caso se o regramento inaugurado pela Medida Provisória 896/2019 é apto a garantir a proteção do direito à informação e dos princípios constitucionais da publicidade e isonomia que incidem no regime jurídico de licitações públicas.

A Presidência da República, em suas informações, sustenta que as alterações legislativas promovidas pela Medida Provisória 896/2019 deram “*maior publicidade às respectivas informações exigidas em lei, com a redução dos custos aplicáveis*” (eDOC 35). Parte-se do pressuposto que a determinação para publicação em sítio eletrônico oficial, além do diário oficial, teria maior alcance, por um custo menor, em razão do uso cada vez mais generalizado da internet como meio de se buscar informação.

ADI 6229 MC / DF

Não se tem nenhuma dúvida de que o desenvolvimento tecnológico tem colocado em debate a efetividade da regra de publicação de jornais de grande circulação. O diagnóstico de que é preciso modernizar o regime de contratações públicas é de fato inafastável. A esse respeito, são válidas as observações feitas pelo Professor Marçal Justen Filho:

“O conceito de “grande circulação” é avaliado em vista do número de exemplares da edição física do jornal. Essa é uma característica que tende a ser superada em vista da evolução tecnológica (...). Portanto, pode-se estimar que a alteração das características da vida social conduzirá, em um momento futuro, à eliminação da exigência da publicação do aviso em jornais comuns. Será muito mais eficiente a divulgação dos avisos de licitação em sites eletrônicos especializados, que permitem aos possíveis interessados o conhecimento muito mais preciso quanto à existência de licitações”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo – Lei 8.666/93**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 411)

Contudo, ao se substituir o regime anterior por um novo, o legislador deve ter cautela para que as novas regras sejam precisamente definidas, de modo a garantir que as informações públicas cheguem à maior extensão possível de cidadãos.

A legislação que regulamenta a publicação dos atos oficiais precisa ser, ao máximo possível, minudente, detalhista e descritiva, até mesmo por buscar adequar a sistemática de publicação ao dinamismo da vida social.

As alegações trazidas pela parte autora, no entanto, indicam que as disposições da Medida Provisória 896/2019 não lograram regulamentar de forma minudente a matéria. Na realidade, o regime inaugurado parece ter previsto de forma bastante genérica a publicação em sítio eletrônico oficial, sem adentrar em detalhes sobre como as informações deveriam ser divulgadas para garantir o fácil acesso pelo público em geral.

A nova redação conferida pela MP ao art. 21, inciso III, da Lei

ADI 6229 MC / DF

8.666/1993, por exemplo, cinge-se a prever que os avisos contendo os resumos dos editais serão publicados “*em sítio eletrônico oficial do respectivo ente federativo, facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, alternativamente, a utilização de sítio eletrônico oficial da União, conforme regulamento do Poder Executivo federal*”. O mesmo caráter vago e genérico se observa nos demais diplomas legislativos alterados. Ademais, até o presente momento, a regulamentação infralegal não foi editada.

A previsão singela de que os avisos serão divulgados “*em sítio eletrônico oficial do respectivo ente federativo*” contrasta com o grau de detalhamento de outras legislações que visam a concretizar publicidade aos atos da Administração Pública.

A título comparativo, veja-se que a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), ao determinar a obrigatoriedade de divulgação de atos oficiais pela internet, estabeleceu uma série de exigências para que a informação se torne efetivamente acessível. Prevê-se, por exemplo, que a página eletrônica deverá conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão. Destacam-se as outras exigências estabelecidas pela norma:

“Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.
(...)”

§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

§ 3º Os sítios de que trata o § 2º deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos:

I - conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e

ADI 6229 MC / DF

em linguagem de fácil compreensão;

II - possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;

III - possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina;

IV - divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação;

V - garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso;

VI - manter atualizadas as informações disponíveis para acesso;

VII - indicar local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio; e

VIII - adotar as medidas necessárias para garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência, nos termos do art. 17 da Lei 10.098, de 19 de dezembro de 2000, e do art. 9 da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008.

Ou seja, não basta a simples divulgação em sítio eletrônico, é necessário que a informação disponibilizada na internet seja clara, acessível, atualizada. É importante que o administrado saiba onde encontrá-la para exercer o controle social.

Uma das preocupações levantadas pela parte autora é justamente a falta de um padrão para divulgação em *site*. O texto da Medida Provisória não esclarece se os entes da federação deverão criar uma página específica com essa finalidade ou se os editais deverão ser acessados logo na primeira aba disponível.

Essa falta de antecipação das múltiplas formas possíveis de

ADI 6229 MC / DF

divulgação da informação pode dar margem a obscuridades na publicização dos editais. Em um país complexo como o Brasil, a lacuna normativa pode acarretar riscos à lisura dos certames públicos.

É justamente buscando superar problemas desse jaez que as propostas legislativas que tramitam no Congresso Nacional conjecturam a criação de um portal que centralize as informações relativas aos procedimentos licitatórios. No âmbito do já referido PL 1.292/1995, por exemplo, prevê-se a criação do “Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

A mesma proposta legislativa ainda dispõe sobre (i) a criação de catálogo eletrônico de padronização de compras (art. 19, II); (ii) a instituição de sistema informatizado de acompanhamento de obras (art. 19, III); (iii) a criação e utilização de modelos digitais de obras e serviços (art. 19, V); (iv) a divulgação do edital de licitação no PNCP (art. 51, §3º, e art. 52); (v) o registro cadastral de licitantes no sítio eletrônico oficial (art. 83); (vi) a impugnação e os pedidos de esclarecimento referentes ao edital de licitação (art. 162), dentre outros. Essas medidas ilustram a complexidade da matéria.

Ao alterar um sistema conhecido há anos (publicação em diário de grande circulação) por um novo método (sítio eletrônico), cabe ao legislador pensar nas medidas de adequação da nova sistemática, quer em relação à uniformização da divulgação na internet entre os entes da federação, quer em relação a prazos para que seja viabilizada a nova estrutura, como construção ou adequação desses endereços eletrônicos.

Aqui, há que se ressaltar a extrema responsabilidade atribuída ao Chefe do Poder Executivo quando se admite a este agente o exercício da função normativa, ainda que de forma atípica, especialmente em matéria como esta. A esse respeito, considero oportuno ressaltar a advertência feita pelo ilustre Victor Nunes Leal acerca da gravidade da atividade legiferante, no que se aplica ao exercício do poder regulamentar. Como pondera o autor:

“Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse

ADI 6229 MC / DF

acondicionando materiais explosivos. As consequências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis”. (LEAL, Victor Nunes. **Técnica Legislativa**. In: Estudos de direito público. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 7-8)

Tão delicada é a tarefa normatizadora que o ilustre professor alemão Hermann Jahrreiss faz a advertência de que criar normas configura uma das mais difíceis experiências, qual seja a “*experiência com o destino humano*” - tradução livre (JAHRREISS, Hermann. **Groesse und Not der Gesetzgebung**. Bremen: Schünemann, 1953, p. 5).

No caso dos autos, pelo menos nesse juízo preliminar, me parece que – da forma como construída a norma impugnada – a falta de clareza sobre a nova forma de publicidade dos atos administrativos em sítios eletrônicos compromete a publicidade dos atos administrativos e a transparência da atuação administrativa, colocando em risco o direito à informação, a transparência e a realização do princípio da publicidade nas licitações públicas (art. 37, inciso XXI, da CF)

III – Do risco de violação ao princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, da CF/88)

A revisão abrupta de determinados modelos jurídicos ou mesmo a adoção de novos sistemas suscita indagações relevantes no contexto da segurança jurídica, tornando imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico. Daí por que se considera que, em casos de mudança de regime jurídico, a não adoção de cláusulas de transição poderá configurar omissão legislativa inconstitucional grave.

Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material.

Não só a revisão de atos administrativos, como também a mudança

ADI 6229 MC / DF

de entendimento jurisprudencial pode causar ofensa à segurança jurídica se não acompanhadas de providências adequadas. O Supremo Tribunal Federal já consagrou o entendimento de que o princípio da segurança jurídica impõe ao legislador *“o dever de promover transições razoáveis e estabilizar situações jurídicas consolidadas pela ação do tempo ao edificar novos marcos legislativos, tendo em vista que a Constituição da República consagra como direito fundamental a segurança jurídica”* (ADC 42, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 13.8.2019).

A alteração legislativa de forma súbita, possibilitada pela edição de Medida Provisória em apreço pode afetar a segurança jurídica se não acompanhada de medidas adequadas, especialmente quando se muda um sistema consolidado.

No caso concreto, o regime jurídico de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93) contemplava a obrigatoriedade de publicação de atos oficiais em jornal de grande circulação desde sua publicação, em 1993 (art. 21). O mesmo se verifica em relação à Lei do Pregão (Lei 10.520/02) e à Lei do Regime Diferenciado de Contratações (Lei 12.462/11), no que atine especificamente à obrigatoriedade de publicação de atos oficiais em jornais de grande circulação.

A sistemática adotada para dar publicidade a atos licitatórios há mais de 25 anos, portanto, foi subitamente alterada por medida provisória com efeitos imediatos, sem que essa mudança tenha sido precedida de uma avaliação mais aprofundada dos impactos da medida.

Nesse sentido, cabe registrar que a título de exemplo que o próprio projeto de lei em tramitação no Congresso (PL 1.292/95) que objetiva atualizar a Lei 8.666 prevê um regime de transição para mudança da forma de publicação oficial. De acordo com a proposta, enquanto não adotarem a plataforma nacional, os municípios deverão realizar a publicação em diário oficial das informações sobre os certames, admitida a publicação de extrato, além de disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições (art. 175, parágrafo único).

A ausência de uma regra de transição na Medida Provisória, portanto, corrobora a plausibilidade jurídica do pedido, na medida em

ADI 6229 MC / DF

que impõe restrições ao princípio da segurança jurídica que deve nortear o regime jurídico de contratações públicas.

IV – Do perigo na demora

Por fim, além da plausibilidade jurídica do pedido, resta claro que o perigo na demora na suspensão da eficácia da norma impugnada gera grave e irreparável dano aos administrados e aos jornais de grande circulação, especialmente na esfera municipal.

As alterações promovidas pela Medida Provisória 896 estão em vigor desde sua edição, em 6 de setembro de 2019, uma vez que a medida não previu nenhum prazo de transição para que os administrados se adaptassem às novas formas de publicidade dos atos administrativos em questão.

Dessa forma, a falta de regulamentação adequada do regime de publicidade quanto aos endereços eletrônicos que devem ser utilizados pelos entes para dar publicidade aos procedimentos de contratação previstos nas Leis 8.666/93, 10.520/2002, 11.079/2004 e 12.462/2011, é, por si só, suficiente para justificar a suspensão imediata dos efeitos da norma impugnada.

Além disso, informações constantes da petição da Associação Nacional de Jornais (e-DOC 29) também demonstram a urgência na concessão da medida cautelar requerida. Em curto espaço de tempo, e antes mesmo da confirmação da Medida Provisória pelo Congresso, os efeitos de sua edição estão, supostamente, afetando a imprensa, especialmente nos Municípios, levando ao fechamento ou diminuição de circulação, afetando a própria liberdade de imprensa, bem tão caro à Democracia.

Essas duas circunstâncias determinam, ao menos, a suspensão dos efeitos da Medida Provisória, até a conclusão de sua análise pelo Congresso Nacional, de modo a, por um lado, permitir um prazo de transição e adequação às novas formas de publicidade e, por outro, possibilitar que danos irreversíveis não sejam gerados, especialmente

ADI 6229 MC / DF

considerando que o Congresso Nacional poderá não convalidar a Medida Provisória ou aprovar lei de conversão com alterações ao texto.

V – Dispositivo

Ante o exposto, **defiro parcialmente** a medida cautelar requerida, *ad referendum* do Plenário (art. 21, V, do RISTF; art. 10, §3º, Lei 9.868/1999), para **suspender a eficácia imediata** da Medida Provisória 896/2019, **até conclusão de sua análise pelo Congresso Nacional** ou até o julgamento de mérito pelo Plenário desta Corte.

Publique-se.

Comunique-se ao Congresso Nacional.

Brasília, 18 de outubro de 2019.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente