

OFÍCIO DFMN Nº 36/1992, DE 13 DE OUTUBRO DE 1992¹

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Processo nº E-14/634243/92

Parecer nº 27/92 – MJVS

Parecer nº 31/92 – MJVS

Parecer nº 14/92 – MFV

Parecer nº 15/92 – MFV

Parecer nº 16/92 – MFV

Ofício nº 1/92 – MFV

Exame analítico de projetos e anteprojeto de lei sobre licitações e contratos administrativos em tramitação no Congresso Nacional. Subsídios de Procuradores do Estado do Rio de Janeiro aos trabalhos do Congresso Nacional, solicitados pelo Senador Pedro Simon (ofício GPSIM/92).

Senhor Procurador-Geral

1. Por determinação do ilustre Subprocurador-Geral do Estado, esta Procuradoria Administrativa procedeu ao exame solicitado dos Projetos e Anteprojeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional, sobre o tema das licitações e contratos administrativos.

2. Com esse ofício de encaminhamento, apresento os resultados de nossos estudos, para os quais designei os Procuradores MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO e MARIA FERNANDA FERREIRA VALVERDE, o atual e a ex-Assistente desta Especializada, afeitos ambos ao trato Profissional e diuturno desses assuntos.

3. A natureza especulativa do trabalho não demanda visto formal² desta Chefia, razão pela qual valho-me deste encaminhamento para manifestar uma concordância doutrinária

¹ [Nota do Editor] Esta transcrição respeitou a grafia original do documento.

² [NE] Nos registros da Coordenadoria de Memória e Documentação do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, também não há informações sobre os vistos do então Procurador-

genérica com as judiciosas observações apresentadas, bem como para recomendá-las, com especial ênfase, a seus eminentes destinatários.

4. Com efeito, ambos os ilustres Procuradores de Estado, mesmo assoberbados pelas demandas de rotina desta Procuradoria Administrativa, que vem sofrendo ultimamente, como sabe V. Exa., preocupante redução de contingente, souberam administrar seu tempo para desempenhar-se desse pesado encargo e transmitir, nos Pareceres indicados, muito de sua ciência e experiência, o que, de minha parte, merece os mais efusivos encômios.

5. Destaco, para colher dois exemplos, observações extremamente felizes, como a da desnecessidade de *substituir* o atual Estatuto, enquanto seria muito mais fácil e lógico, *aperfeiçoá-lo*, e o excessivo formalismo das propostas, enquanto a tendência dos povos cultos é desinformalizar a fase habilitatória para dar ensejo a um processo mais competitivo, menos burocrático e, por isso mais responsivo às demandas públicas de preço e qualidade dos fornecimentos e serviços.

6. Ainda quanto ao conteúdo dos trabalhos, ao encaminhar essas excelentes contribuições à consideração superior, não me perdoaria perder a oportunidade de a elas somar, Por coincidentes e à guisa de nota de reforço, algumas reflexões que, recentemente e a propósito, tive a oportunidade de apresentar em seminário promovido pelo Instituto Orlando Gomes, da Universidade Federal da Bahia, que contou com a alta participação de administrativistas do porte de CAIO TÁCITO, ADILSON ABREU DALLARI e ALICE GONZALES BORGES, todos notórias autoridades na temática de licitações e contratos administrativos, desenvolvida nesse certame:

“A doutrina concorda que a licitação é um Procedimento administrativo destinado a selecionar o contratante que apresente as condições mais vantajosas para a Administração Pública, como está claro no próprio texto legal (art. 3º, do Estatuto, reconhecidamente uma norma geral).

Concorda, ainda, a doutrina prevalecente no País, que o autor do Projeto do atual Estatuto, o [ilegível] Mestre HELY LOPES MEIRELLES, elencou prodigamente os princípios que a informam (V. TOSHIO MUKAI, op. 16): procedimento formal, publicidade de seus atos, igualdade entre os licitantes, sigilo na apresentação das propostas, vinculação ao edital ou convite, julgamento objetivo e adjudicação compulsória ao vencedor (HELY LOPES MEIRELLES, *Licitação e Contrato Administrativo*, Ed. RT, São Paulo, 1973, 1ª ed., p.11 e 7ª ed., 1987, p. 9).

Em rol menos extenso, o legislador de 1986 explicitou no “Estatuto”, cinco princípios: da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da [adesão] ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo (Decreto-Lei nº 2.300/86, art. 3º, [ilegível]).

Embora se pudesse [considerar implícito], pela própria natureza da licitação nenhum dos elencos mencionados dá a devida [ilegível] ao mais importante dos princípios que a [ilegível]: o da *concorrência* (ou da competitividade de outro modo, o da competição) entre os licitantes. Não obstante, esse princípio, diretamente defluente da própria principiologia geral da Constituição de 1988 para toda a ordem

Geral do Estado aos pareceres mencionados no Ofício DFMN nº 36/1992. Esta circunstância, contudo, não interfere no reconhecimento de seu valor acadêmico e histórico.

econômica (art.170, IV, fundamento do regime da economia de mercado), é hoje considerado o mais importante, o que contém toda a teleologia do instituto, não sendo, os demais, senão *instrumentais* em relação a ele.

AGUSTÍN GORDILLO observa que o princípio da igualdade foi sempre enfatizado na doutrina e na jurisprudência como o mais importante ou um dos mais importantes da licitação (conforme exposição e documento apresentados ao II Congresso Internacional de Direito Administrativo, em Foz do Iguaçu, 10 a 12 de agosto de 1992, sob o título “Licitações e Contratos Administrativos em Geral” (p. 3) no qual cita, com essa ênfase, E. SAYAGUÉS LASO, ANDRÉ DE LAUBADÈRE, MIGUEL ÁNGEL BERÇAITZ, JOSÉ ROBERTO DROMI, MIGUEL S. MARIENHOFF e, no Brasil, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ADILSON DALLARI e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, entre outros).

Entre nós, o princípio da igualdade recebeu até assento constitucional (art. 37, XXI), daí o entender-se que domina todo o processo, enquanto, como se exporá, ele tem endereçamento pertinente no julgamento das propostas e não na fase de habilitação), de modo que se insistiu em gravitar em torno dessa exigência de tratamento igualitário dos licitantes, todos os demais.

Como consequência [ilegível], a excessiva importância dada ao princípio da igualdade se expressou no aumento das *exigências formais*, que deveriam estar satisfeitas pelos licitantes para serem habilitados ao certame.

De tal forma a obsessão com o formalismo passou a dominar as licitações, que a competição se deslocou da oferta das melhores condições de mercado para a arte de cumprir “todos e cada um dos infinitos papéis e requisitos burocráticos que condicionavam a admissibilidade (*id est*, validade) das ofertas”. (AGUSTÍN GORDILLO, dissertação citada, p. 4).

Todos os que têm prática em procedimentos licitatórios sabem que os “habilitados” licitantes, que logram satisfazer as formalidades vestibulares, copiosamente exigidas nos editais, não raro contam com a ajuda dos próprios agentes administrativos, tanto para estipular as exigências quanto, depois, para satisfazê-las.

Assim, a pouca preocupação com o princípio da competição e excessiva ênfase com os da igualdade e o da formalidade, acabam não só reduzindo o universo dos licitantes, como se prestando admiravelmente às formas mais sutis de corrupção que, conforme recentemente, em sucinto artigo, tive oportunidade de apontar, não se aninham no curso do processo licitatório, mas nos conluios envolvendo os agentes administrativos (v. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Licitações*, in “Revista de Informação Legislativa”, Senado Federal, a. 29, [ilegível] jan/mar. 1992, p. 256).

De minha parte [ilegível] em meu *Curso de Direito Administrativo*, em que sublinho que a igualdade [ilegível] para garantir a “democratização do [acesso Pa contratação] do Estado”, como no recente artigo [ilegível] (*op. cit.*, ps. 246 e 247), em que a [ilegível] um meio de garantir o “caráter [ilegível] do procedimento licitatório”, jamais [ilegível] princípio tal desmesurada amplitude que, infelizmente, as longas listas de exigências para a habilitação, das leis, dos regulamentos e dos editais, acabaram dando, de modo que, afinal, parafrazeando GEORGE ORWELL, alguns licitantes acabam sendo mais iguais que os outros.

Essas observações vêm a talho de foice no momento em que se cogita de rever a legislação federal sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos, não só para reduzir os vícios acumulados, que facilitam abertamente a corrupção como, mais que tudo, para adequar-se às exigências dos novos tempos e da dinâmica própria da economia.

Existiam, no momento em que se concluía este trabalho, seis projetos distintos para uma nova lei que substitua o Decreto-Lei nº 2.300/86. Nenhum deles, separadamente, satisfaz, embora todos contenham correções e inovações aproveitáveis. A “tradição formalista”, a que se refere GORDILLO (*op. cit.*, p. 8) continua a interpretar o princípio de igualdade como estrita e geral submissão às formas procedimentais.

Não obstante, sabemos [ilegível] domina amplamente os procedimentos [ilegível] dos países mais desenvolvidos, o *princípio da competição*, para que se possa contar com maior número possível de licitantes, pois isso é que serve à finalidade dos certames.

O critério é, portanto, o informalismo da admissão, por ser uma etapa meramente preparatória, que não deve ser excludente de nenhum licitante, senão em casos extremos, pois o importante é saber-se quem poderá oferecer a proposta mais

vantajosa.

Somente depois da habilitação o formalismo pode crescer no processo, pois se trata de julgar as propostas. Se, por acaso, a melhor proposta for de licitante que, eventualmente, não satisfaz, na ocasião, as formalidades da habilitação, deve-se-lhe abrir um *prazo sanatório*, pois, de outra maneira, estaríamos *submetendo a finalidade a uma formalidade*.

AGUSTÍN GORDILLO vai mais além e, examinando a aplicação do princípio da igualdade, demarca três fases no processo licitatório: a inicial, de *habilitação*; a intermediária, de *adjudicação*; e a final, de *execução*, que ao contrário de que se passa atualmente na legislação brasileira, estende o processo por toda a duração do contrato adjudicado, permitindo que os licitantes perdedores continuem acompanhando a sua execução, controlando, assim, se o vitorioso se beneficiará de vantagens não previstas (*op. cit.*, ps. 5 e 6).

São, destarte, três distintos momentos de ponderação da igualdade: na *habilitação*, os licitantes são admitidos com o máximo de informalidade possível, sem preocupação com a igualação de documentação, pois o objetivo é contar com o maior número de concorrentes; na *adjudicação*, a igualdade e a formalidade têm maior peso, pois se [ilegível] julgamento das propostas, segundo critérios [ilegível] e parâmetros definidos; na execução, [ilegível] o princípio da igualdade, garantindo [ilegível] a informação necessária para acompanhar a *execução* do contrato adjudicado e terem [ilegível] de qualquer favorecimento superveniente. É ainda, GORDILLO que nos dá conta de que os instrumentos de controle podem ser extremamente aperfeiçoados nesse sentido, do acompanhamento da execução dos contratos licitados, como, por exemplo, nos Estados Unidos da América, o *Freedom of Information Act* e, para denunciar fraudes, a lei *Qui Tam*, espécie de ação popular, que associa o seu autor no ressarcimento do dano obtido em favor do Estado.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO acompanha essa preocupação com o excessivo formalismo atual da fase de habilitação com sua exegese do artigo 37, XXI, da Constituição, para demonstrar que é possível dele extrair-se a conclusão contrária ao excesso de condicionamentos, pois o legislador constitucional admitiu *apenas* as “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do conjunto das obrigações”, o que as submete ao princípio da razoabilidade (tema “Licitação e Contratos Administração – Legislação vigente e proposta de alteração”, apresentado no referido II Congresso Interamericano de Direito Administrativo, Foz do Iguaçu, de 10 a 12 de agosto de 1992).

Está claro que essas exigências, quando razoáveis, devem ser atendidas, mas, ainda assim, é necessário que se conte com flexibilidade para aceitar-se a sua satisfação mesmo depois da fase de habilitação, dando-se bom uso ao instituto da sanatória, pois os defeitos de forma são sanáveis, já que não são essenciais para atender à finalidade da licitação, que é a de encontrar a proposta mais vantajosa.

Em suma, é hora de grandes mudanças na sistemática das licitações, podendo-se alinhar as seguintes indicações, à guisa de conclusões:

1ª) As licitações e contratos administrativos devem servir à finalidade de alcançar-se as maiores vantagens para a Administração, numa quadra de extrema competitividade nos mercados nacionais e internacionais.

2ª) Para tanto, é preciso desenfatar o princípio da igualdade e o formalismo, pelo menos na fase de habilitação dos interessados em contratar com a Administração.

3ª) O princípio da competição deve ser, por seu turno, enfatizado, garantindo-se, com parâmetros previamente definidos e seguros, a vitória da proposta mais vantajosa, ainda que se deva admitir a sanatória de exigências formais.

4ª) A etapa da execução do contrato deve fazer parte do processo licitatório, pois nela é que se pode favorecer o licitante vitorioso, em detrimento do princípio da igualdade.

5ª) É preciso, portanto, pensar em novos mecanismos de controle específicos para licitantes, agentes públicos, partidos políticos ou terceiros interessados poderem acompanhar e denunciar desvio da execução que favoreçam [ilegível].

6ª) [ilegível] nova lei de licitações e contratos administrativos definisse claramente as normas [gerais] aplicáveis aos Estados, Distrito Federal e Municípios, pois, com a atual sistemática, [ilegível] a um resultado oposto ao desejado [ilegível] o intuito de unidade, já que [ilegível] federativa interpreta à sua maneira o que sejam as normas gerais. Isso não significa que seriam gerais o que a lei federal dissesse que o são, pois tal petição de princípio não teria sentido, mas, por certo, obrigará o legislador a fazer um exercício lógico-jurídico básico, indispensável, para iniciar-se,

aí sim, uma convergência unificadora das licitações no País, naquilo que *é realmente* nacional e essencial.

7ª) Aberrações, como as do atual art. 52, §3º, do “Estatuto”, que manda aplicar dispositivos de direito público a contratos privados, devem ser evitadas, não só porque vão de encontro ao espírito da Constituição (art. 173, §2º) como às tendências do Direito Administrativo contemporâneo, que prestigia a competição e repudia os privilégios em matéria econômica.”

Essas providências, se acolhidas, modernizariam, por certo, o processo licitatório e a contratação pública no País, com vistas a um futuro próximo, em que a *execução* da administração pública dar-se-á, cada vez mais, sob regime privado, em tudo o que for possível, reservando-se, ao Estado, por seu turno, cada vez mais, a [ilegível] político-administrativa do processo ([ilegível] sentido, MASSIMO SEVERO GIANNINI, [ilegível] di Diritto Administrativo Ed. Cedam, Pádua, [ilegível] vol. I).

Finalmente, colho o [ilegível] sublinhar, como cidadão e autor de Direito, a grande importância [ilegível] ampliar-se, como vem fazendo o Senado Federal, a participação científica no processo de elaboração legislativa de temas tão sensíveis como este, em que se pediu estudos a esta Procuradoria-Geral, por iniciativa do ilustre e operoso Senador PEDRO SIMON.

Atenciosamente

[assinatura]

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Procurador-Chefe da

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

da PROCURADORIA-GERAL

DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.