

PARECER MJVS Nº 31/1992, DE 14 DE SETEMBRO DE 1992¹

Marcos Juruena Villela Souto

Processo nº E.14/034243

Projetos de Lei do Senado nº 47 e 61/92

LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS

- desnecessidade de uma nova legislação
- pontos favoráveis à proposta
- omissões dos projetos

Senhor Procurador Geral

– I –

Solicita-se pronunciamento desta Procuradoria Administrativa acerca dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional sobre [ilegível] licitações e contratos administrativos”, que virá substituir o DL nº 2.300/86, cabendo-nos a análise dos Projetos nº 47 e 61 de 1992 e 136/91 do Senado, tendo sido este último objeto do Parecer nº 27/92-MJVS.

Sabe-se que, apesar de o Projeto nº 61/92 ser oriundo da CPI que investiga a corrupção nas obras públicas, a base do processo legislativo é o Projeto de Lei da Câmara nº 59/92, já aprovado naquela Casa (segundo o PL nº 1.491/91 do Deputado Luis Roberto Ponte) e vias de aprovação, por acordo de lideranças, na Câmara Alta.

Destarte, apresentamos, a seguir, breves apontamentos sobre o conjunto dos projetos e anexamos quadro comparativo elaborado pelo Senado Federal para tal análise.

Licitação é o procedimento administrativo através do qual a Administração seleciona, por meio de habilitação de proponentes e julgamento de propostas, candidatos que

¹ [Nota do Editor] Esta transcrição respeitou a grafia original do documento. Além disso, nos registros da Coordenadoria de Memória e Documentação do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro não há informações sobre o visto do então Procurador-Geral do Estado a este parecer. Esta circunstância, contudo, não interfere no reconhecimento de seu valor acadêmico e histórico.

com ela estão aptos a celebrar contratos. A determinação para a realização desse procedimento tem hoje sede constitucional no artigo 37, XXI do Texto Federal, onde se exige prévia licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, devendo ser assegurada igualdade de condições entre os participantes. Também, a qualificação técnica e a capacidade econômica para o cumprimento das obrigações previstas no contrato são condições exigidas pela própria Lei Maior para a participação no certame (sem detrimento da capacidade jurídica e regularidade fiscal, das quais aquelas são conseqüentes).

No mais, o constituinte reservou ao legislador ordinário a disciplina das exceções à regra da licitação, bem como as condições da contratação.

Antes do advento da Constituição Federal de 05.10.88, muito se discutia sobre obrigatoriedade da observância de tais diplomas federais por Estados e Municípios, havendo quem sustentasse que as licitações e contratos administrativos eram matéria de Direito Administrativo e, portanto, na esfera de autonomia de organização e gestão de cada ente federativo. Outras, com acolhida do Eg. Supremo Tribunal Federal (Rep. nº 1.057, Rel. Min. Rafael Meyer), que a matéria era caracterizada como Norma Geral de Direito Financeiro, envolvendo gestão patrimonial e, portanto, imperativa àquelas entidades por força do artigo 8º, XVII, “c”, da Carta de 1967. Ademais, o tema tradicionalmente era tratado no Regulamento Geral de Contabilidade Pública de 1922.

Com a nova ordem constitucional, tornou-se meramente acadêmica a discussão, porquanto o artigo 22, XXVII, CF, atribui competência privativa à União para legislar sobre *normas gerais* de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a Administração Pública, Direta ou Indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo e empresas sob seu controle.

O uso da expressão “contratação” e não simplesmente “contratos”, amplia, segundo Leon Frejda Szklarowsky o universo das normas gerais de competência federal, para abranger, também os convênios, afastando, assim, alegações de inconstitucionalidade do artigo 82 do DL nº 2.300/86, atual artigo 94.

Normas gerais, segundo o eminente jurista Diogo de Figueiredo Moreira Neto, são aquelas que situam-se numa posição intermediária entre um extremo de abstração da ordem jurídica positiva, que são os *princípios* e o outro extremo, onde estão os atos jurídicos (legislativo, administrativo e judiciário); tem como características serem de cunho nacional, traçadoras de diretrizes e serem informativas, dando o conteúdo indispensável do ato que vai concretizá-las.

Estas, enfim, devem ser as características do Estatuto de Licitações e Contratos da Administração, que, portanto, não pode descer a detalhes e particularidades, sob pena de

incidir em inconstitucionalidade por invasão da competência supletiva dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

O Decreto-lei nº 2.300/86, elaborado com a orientação do eminente jurista Hely Lopes Meirelles, atendeu em grande parte, essa finalidade. É claro que, como toda obra humana, tem falhas; nada, porém, que a boa fé do intérprete e dos profissionais do direito (aí incluindo os juristas e legisladores) não possa solucionar.

O momento político atualmente vivido pelos brasileiros está a exigir a ação *fiscalizadora* do Congresso Nacional sobre a Administração e não a elaboração de novas leis, que, como a vigente, também terão lacunas que o Administrador de má-fé saberá usar. O Congresso, por sua vez, já demonstrou ser capaz de exercer tal fiscalização, mesmo dentro das limitações que lhe são impostas pelo regime presidencialista de governo, assegurador de um hipertrofiado Poder Executivo.

Esta é a grande saída! De leis a população está farta, quer é vê-las cumpridas, sendo este o papel que se espera dos representantes do povo, fortalecendo o Legislativo e reduzindo as mazelas do Executivo.

Ao contrário do que normalmente tem ocorrido com a modificação da legislação brasileira, um novo estatuto de licitações e contratos da Administração não virá à baila para rever conceitos à luz da jurisprudência que tenha se originado da interpretação do texto revisto; nem, tampouco, para incorporar institutos recomendados pela doutrina ou pelo Direito Comparado ou para adaptar as leis práticas e tratados internacionais aos quais o Brasil tenha aderido (tal qual ocorrera com as leis de informática, propriedade industrial, abuso de poder econômico e, mais recentemente, em matéria de proteção ao meio ambiente).

Exatamente essa adaptação foi que motivou a edição do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. O próprio autor da proposta, o então Consultor Geral da República Dr. Saulo Ramos, na exposição encaminhadora do projeto, fez questão de ressaltar que o texto inspirou-se, basicamente, no ordenamento jurídico do Estado de São Paulo e “na experiência jurídica proporcionada pela aplicação das normas do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, enriquecida pela interpretação dos Egrégios Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos e Tribunal de Contas da União”, ressaltando, ainda, a participação sempre colaboradora do saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles.

De se notar que entre o DL nº 2.300/86 e o diploma legal que o antecedeu houve um período de quase vinte anos, com, pelo menos, cinco administrações diferentes e uma radical emenda constitucional (nº 1/69), sem mencionar que o DL nº 200/67, editado ainda em consequência do golpe ditatorial de 1964, cuidava de reorganizar estruturalmente a

Administração Federal, tratando, entre vários outros temas, das licitações e contratos, aos quais dedicava, apenas, vinte artigos (do artigo 125 ao 144).

É certo que, após a edição do DL nº 2.300/86, foi promulgada a nova Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, que, em várias passagens (artigos 22, XXVII, 37, XXI, 171, §2º, 175), dispõe expressamente sobre a matéria; ocorre que tais passagens, em sua maioria, vieram apenas aclarar situações lacunosas do DL nº 2.300/86 pacificamente aceitas pela doutrina e jurisprudência, sendo, pois, desnecessária a revisão integral do referido diploma legal.

Sequer houve tempo para formação de jurisprudência sobre o DL nº 2.300/86 e a maioria dos casos examinados envolvia erros na sua aplicação e não inovações da hermenêutica. Vale ressaltar que já em 1989, com pouco mais de três anos de vida do DL nº 2.300/86, já haviam sido apresentados na Câmara seis projetos de modificação; em 1990, mais cinco e mais de dez em 1991 (só o Deputado Luis Roberto Ponte apresentou dois projetos, o de nº 1.491/91 e o de nº 2.795/92 vingando o primeiro). Sem dúvida, um tempo muito curto para tantas modificações.

A bem da verdade, o que motivou tantas propostas foi a tentativa do Poder Legislativo em combater a onda de corrupção que assola o País, em resposta aos anseios da população alarmada por tantas denúncias.

Em razão de tais denúncias, todo um Ministério foi reformado, e, pelo menos três Ministros de Estado, da Saúde, Alceni Guerra, e da Previdência e Trabalho, Rogério Magri, de Ação Social, Margarida Procópio, foram afastados, sem que os fatos fossem devidamente apurados. Sem falar no assassinato do Governador do Acre às vésperas de depoimento sobre superfaturamento de obras públicas contratadas e os constantes escândalos envolvendo empreiteiros de obras públicas e o fornecimento de verbas para campanhas eleitorais.

Outros diplomas legais foram propostos e aprovados contendo medidas para combater a corrupção quando a própria legislação administrativa, penal e processual, em vigor, já asseguram tais objetivos. O próprio Poder Legislativo, através do Tribunal de Contas, das Comissões Parlamentares de Inquérito e do processo criminal contra os Chefes de Estado e seus Gabinetes, tem condições de dar uma contribuição efetiva contra tais males, já que o Executivo se omite ou opera mal seus mecanismos de controle interno.

Falta, contudo, vontade política de punir, preferindo-se criar leis sem qualquer preocupação de vê-las cumpridas.

É nesse sentido que virá à tona mais uma lei dispendo sobre o funcionamento da Administração. Destarte, esse esclarecimento histórico visa a demonstrar que, na dúvida quanto à sua interpretação, prevalecerá o entendimento que mais reduzir a discricionariedade

do administrador. Essa é a finalidade da inovação – fechar ao máximo o espaço para a atuação do administrador de má-fé, o que implica num maior rigor na interpretação das hipóteses de dispensa de licitação e daqueles que estão obrigados a licitar.

Nesse passo, é mister reconhecer que os projetos trazem algumas inovações salutares do ponto de vista da moralização administrativa, tais como a “audiência pública” como procedimento preliminar nas licitações, permitindo uma maior transparência nas contratações, inclusive assegurando o constitucional “direito da participação política” dos cidadãos, da comunidade e dos grupos de pressão.

Também a expressa previsão de correção monetária nos contratos é um mecanismo justo e eficaz contra a prática dos superfaturamentos, sempre justificados pela frequente expectativa dos abusivos atrasos no pagamento das faturas.

A exigência de justificação de todos os casos de parcelamento, dispensa e inexigibilidade de licitação reduzirá a margem de arbítrio do administrador, criando uma esfera maior de controle interno bem como do próprio controle externo.

Deve ser majorado o número mínimo de participantes da licitação por carta-convite, exigindo-se a presença de, pelo menos, cinco licitantes qualificados dentre um mínimo de sete convidados. Evita-se, assim, a atual prática de expedir apenas três convites e adjudicar-se o contrato ao único que compareça, que deve ser reservada às hipóteses de regra geral da dispensa.

A explicitação da necessidade de licitação pelas empresas estatais e fundações, bem como por toda e qualquer entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público fará com que não seja essa eficiente meio de descentralização administrativa descaracterizado pelo manto da liberdade que é dada às pessoas jurídicas de direito privado. Não caberá mais a invocação da distinção entre estatais prestadoras de serviço público, estatais interventivas na atividade econômica e controladas fora da estrutura da Administração, para exigir apenas das primeiras a observância das normas de licitação. Todas, salvo as peculiaridades que os Estatutos sociais saberão definir, ficarão sujeitas a tal procedimento (ainda que de forma simplificada).

É, também, deveras importante um rigoroso acompanhamento das alterações contratuais, palco das maiores irregularidades. Aliás, frise-se que as mazelas ocorrem antes e depois da licitação e nem tanto durante o processo.

O aumento do prazo para apresentação de propostas nas licitações de maior vulto é outra boa medida; deve, contudo, vir acompanhada da necessidade de publicação do edital na imprensa não oficial de grande circulação.

Todavia, há medidas exageradas quanto à burocrática exigência de documentos e protecionismo quanto à participação de empresas estrangeiras, que desestimulam o ingresso de capitais e produtos oriundos do exterior exatamente num momento em que o País quer retomar os contatos com a comunidade internacional, aumentando a competitividade dos produtos internos e abrindo mercados fora do País em troca da reciprocidade.

Alguns detalhamentos são, como dito, incompatíveis com uma norma geral; outros deveriam ficar a cargo da lei complementar que disciplina a execução orçamentária. Devem, pois, ser abandonados.

É despicienda a introdução de novos tipos penais e de um processo penal próprio para as infrações ao Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos eis que o Código Penal e o Código de Processo Penal já dispõe[m] de elementos suficientes para a punição de delitos. O que falta é a punição decorrente da ausência de fiscalização ora propugnada.

Deve ser estimulado o uso “preferencial” das *concessões* de obras públicas ao invés de, simplesmente, contratar-se a obra com o uso de recursos públicos. Destarte, deveria exigir-se a justificação para o não uso da forma preferencial, que envolve os recursos do empresário (e não do erário), o qual se remunerará através da tarifa (escolhida no processo licitatório dentre a mais mediana oferecida) cobrada dos usuários.

Nada se falou sobre a licitação que deve preceder os atos administrativos unilaterais de *permissão*, exigida por força do artigo 175 da Constituição Federal. Tanto o DL nº 2.300/86 como as propostas de alteração falam nas licitações que precedem as *contratações*.

São essas, enfim, as breves observações que podiam ser feitas em relação aos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional.

É o parecer, s.m.j.

Atenciosamente,

[assinatura]

Marcos Juruena Villela Souto

Procurador do Estado