

OFÍCIO MFV Nº 1/1992, DE 5 DE OUTUBRO DE 1992¹

Maria Fernanda Valverde

Senhor Procurador-Chefe

Encaminho a V.Sa os meus Pareceres 14, 15 e 16, relativos, respectivamente, ao projeto de lei nº 59, da Câmara dos Deputados (nº 1491 na Casa de Origem), ao projeto de lei nº 55, do Senado Federal e ao anteprojeto de lei que, a título de colaboração, o Tribunal de Contas da União elaborou – todos em tramitação no Senado.

Os pareceres são longos (56, 10 e 38 laudas) porque na medida do possível, parti do confronto entre a lei vigente e a proposta em exame, para comentar as alterações sugeridas.

Registro, por oportuno, que a demora na liberação dos pareceres se deve, em grande conta, à falta de infraestrutura administrativa, haja vista só dispormos, na PG-7, de um único datilógrafo para atender a todos os Procuradores.

Também o Departamento de Informática não pôde atender com a costumeira presteza, porque só conta com uma digitadora, que não podia dedicar-se exclusivamente ao trabalho referente ao parecer 14/92-MFV, em face de outros expedientes caráter prioritário.

Essa realidade retardou em muito a apresentação dos pareceres, mas seria injusto se não consignasse o [ilegível] e a dedicação do nosso datilógrafo VINDELINO BATISTA TEIXEIRA e dos servidores de Informática PAULO CESAR MOREIRA DE ANDRADE e ANGELA REGINA PEIXOTO MAGNAN, incansáveis em me atender.

Atenciosamente,

[assinatura]

MARIA FERNANDA VALVERDE

Procuradora do Estado

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

PARECER MFV Nº 15/1992, DE 22 DE SETEMBRO DE 1992²

Maria Fernanda Valverde

Processo nº E-14/034.243/92.

LICITAÇÕES E CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO: projeto de lei do Senado nº 55, de 1992, alterando dispositivos do Decreto-lei 2300, de 21.11.86. Referência ao Projeto de Lei nº 59/92 da Câmara (nº 1491/91, na Casa de Origem).

Senhor Procurador-Geral

1. Sob a justificativa de “tornar a aplicação de recursos públicos mais transparentes e que os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, consagrados no art. 37 da Carta Magna, sejam efetivamente observados e cumpridos”, propõe, o Senador Nelson Wedekin, projeto de lei alterando dispositivos do atual Decreto-lei 2300/86.

2. Conforme referi em meu parecer nº 14/92-MFV, há no Senado, atualmente, seis projetos versando sobre o mesmo assunto: licitações e contratos da Administração.

3. Detive-me, na medida do tempo disponível, no exame do Projeto de lei da Câmara, nº 59, de 1992 (nº 1491/91, na Casa de Origem).

3.1. Externei, no parecer então exarado, que a doutrina mais moderna vem preconizando a prevalência do *princípio da ampla competitividade* na fase preliminar da licitação, pelo que se devem evitar exigências formais desnecessárias, e permitir que, em relação às de todo desejáveis, se conceda oportunidade para sanar eventuais irregularidades e até omissões. A esse respeito, o jurista argentino AGUSTIN GORDILLO pronunciou conferência no recente Congresso Internacional de Direito Administrativo, em Foz do Iguaçu, Paraná, alertando para a nocividade do rigor formal na fase de habilitação, que impede a contratação, pela Administração, em bases de mercado, favorecendo o afunilamento do universo de licitantes, quando, mais grave, direciona a própria licitação, em manobras ilegais,

² [NE] 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.

mas que não são apuradas e, conseqüentemente, ficam impunes, não obstante o prejuízo para a coletividade.

3.1.1. Recomenda, o jurista, se privilegie o princípio da igualdade formal na fase de julgamento, da adjudicação e da execução do contrato. Com isso, haveria uma abertura maior na habilitação, com um número de licitantes mais expressivo, podendo a Administração contratar em bases melhores, porque num maior número de ofertantes.

3.1.2. Dissertei sobre a possibilidade de se explicitarem, na lei, os princípios da *realidade* e da *motivação*, como forma de exigir do administrador previsão das aquisições a serem feitas em base reais, de quantitativos, qualidade e preço. A motivação se impõe a todos os atos decisórios, para que possam ser contrastados os motivos e a situação fática.

3.1.3. A desconformidade da atitude do administrador aos princípios e normas pertinentes à licitação e contratação deve gerar efetiva responsabilização, com todos os consectários dela advindos.

3.1.4. A certeza da impunidade é que gera o alto grau de desmandos, irregularidades, fraudes e corrupção, em todos os setores administrativos, dentre os quais o das licitações e contratações.

4. Reitero, portanto, o que disse no aludido parecer: a lei em vigor não é frouxa, omissa ou dúbia; as regras são claras, devendo, todavia, ter controlada sua aplicação, responsabilizando, em termos administrativos, civis e criminais, quem as descumpriu.

5. Feita essa incursão pelas premissas de meu parecer nº 14/92-MFV, passo a examinar o projeto de lei do Senado nº 55, de 1992.

6. Introduziu no art. 3º do Dec.-lei 2300/86 – que veda a previsão, inclusão ou tolerância de certas cláusulas nos atos de convocação – o inciso III, pertinente a cláusulas “que conduzam à escolha de determinada marca de produto”.

6.1. Essa vedação, de certo modo, já está prevista no art. 23, inciso I, quando, ao tratar da inexigibilidade da licitação, em casos de aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor ou representante comercial exclusivo, ressalva a proibição de preferência de marca. Mas a explicitação no art. 3º não prejudica, só reforça o princípio da ampla competição.

7. Substituiu o atual §3º do art. 3º – que determina serem públicos os atos do procedimento licitatório – pela exigência de a licitação ser precedida de ampla pesquisa, para que a Comissão tenha exata noção dos preços de mercado do objeto a ser licitado.

7.1. Trata-se de manifestação do *princípio da realidade*, que, a meu ver – embora inerente à atividade da Administração, dados os interesses que ela gere – é conveniente referir na lei.

8. Acrescenta, o projeto, ao elenco de definições do art. 5º do Decreto-lei 2300/86, a de emergência.

8.1. Esse conceito está por demais esmiuçado no art. 22, inciso IV, da lei vigente. E a doutrina é pródiga em analisar esse dispositivo.

8.2. Havendo, no entanto, interesse em referir a definição no art. 5º, o que me parece desnecessário, deve ser adequada a redação, porque *emergência* não são fatos, mas uma situação originada de fatos...”.

9. O art. 20, §3º, do Decreto-lei 2300/86 foi ampliado, em relação ao Convite, alterando o número, não de interessados (convidados), mas de proponentes, que serão convocados pela Imprensa, podendo essa convocação ser suplementada, através de carta, com antecedência não mais de 3, mas de 5 (cinco) dias úteis.

9.1. Parece-me impróprio o uso do vocábulo *proponente* numa fase de convite, porque proponente está indissolavelmente ligado a proposta. Como está redigido o dispositivo, pode-se inviabilizar toda licitação por carta-convite, se não comparecerem com suas propostas, no mínimo, sete interessados. Aliás, a convocação pela imprensa será genérica ou dirigida a sete licitantes escolhidos pelo administrador? Está meio dúbio o artigo, pelo que me parece mais clara e operacional a proposta da Câmara (Projeto nº 59/92, no Senado), que refere o Convite como a “modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, *escolhidos e convidados em número mínimo de 3* (três) pela unidade administrativa, que afixará em local apropriado, cópia do convite e o *estenderá aos demais cadastrados* na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse”.

9.2. Estão assegurados, dentre outros, os princípios da ampla competitividade e da igualdade.

10. O artigo 22 – casos de dispensa de licitação – recebeu um novo parágrafo, passando o parágrafo único (que a meu ver deveria ser reformulado, para elucidar que o serviço público deve ser essencial) a §1º, e esclarecendo, o §2º, que para as dispensas tratadas no artigo devem ser colhidos, informalmente, três orçamentos, certificados no procedimento administrativo”.

10.1. Considero, inicialmente, que esse §2º, por abranger todas as hipóteses de dispensa, deveria ser o §1º, reservando-se o §2º para a referência específica ao inciso X.

10.2. Por outro lado, a expressão do projeto se me afigura equivocada. Com efeito, os três orçamentos colhidos informalmente são para dar respaldo à contratação direta, com dispensa de licitação, de sorte a comprovar que se fez a preços de mercado.

10.3. Não se esqueça, todavia, que a Administração só pode exigir contratar nas mesmas bases do mercado, se pagar a tempo; ou, configurada a mora, atualizar o preço, de

forma a impedir preços distorcidos como vêm ocorrendo sistematicamente nas propostas apresentadas nas licitações. O princípio da realidade funciona para ambos os lados.

11. Quanto ao elenco de documentos comprobatórios da regularidade fiscal – art. 25 – acresceu a prova de situação regular perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), o Programa de Integração Social (PIS) e o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS).

11.1. Reitero as observações a respeito da informalidade que deve revestir a fase de habilitação, não se fazendo exigências desproporcionais ao objeto da licitação, mas só aquelas estritamente necessárias (C.F. art. 37, XXI), e permitindo-se a sanatória de eventuais omissões ou irregularidades, para que se assegure um maior âmbito da licitação.

12. O art. 37 recebeu dois parágrafos, transformando-se o atual parág. único em §1º.

12.1. O §2º estabelece que nas “licitações de técnica (*rectius*: melhor técnica) e de técnica e preço, para obras de grande vulto, será atribuída nota técnica, divulgada no edital, aos critérios e especificidades de cada obra”. E o §3º refere que, em caso de empate, em qualquer hipótese, a decisão será por sorteio.

12.2. Embora truncado, o §2º que se pretende introduzir no art. 37 nada acrescenta ao sistema em vigor, porquanto tais tipos de licitação devem ser utilizados em caráter excepcional, como o lecionam os doutrinadores de nomeada. Ademais, para que se atenda ao princípio do julgamento objetivo (art. 3º), é imprescindível que os critérios a serem considerados pela Comissão estejam perfeitamente fixados no edital (art. 37), instrumento que vincula a Administração e os licitantes (art. 33; arts. 36 §§2º e 3º e 38, I).

12.3. A violação desses princípios contamina a licitação de vício insanável.

12.4. Quanto ao uso exclusivo do sorteio para desempate de propostas, acho que, no caso de licitação por menor preço, que é a regra na Administração, essa solução é lógica. Mas na eventualidade de licitação por técnica e preço, havendo empate no preço de licitantes que obtiveram notas diferenciadas na parte técnica, o sorteio não atende ao interesse público, na medida em que, nessa hipótese, a melhor técnica pelo mesmo preço é mais vantajoso para a Administração. Penso, assim, que deveria ser repensado o critério de desempate.

13. O art. 68 (erroneamente referido no projeto como 78) acrescenta 3 motivos para rescisão do contrato, Pela Administração: o não-cumprimento das normas relativas à saúde e à segurança no trabalho dos empregados da empresa contratada; o descumprimento da legislação trabalhista relativamente a seus empregados e a inobservância da legislação relativa à proteção do meio ambiente.

13.1. Afigura-se-me demasiado transferir para a Administração contratante a fiscalização de normas trabalhistas, de competência de órgão federal específico e ao que

parece atuante (C.F., art. 21, XXIV). Se a fiscalização da execução do objeto do contrato pelo contratante já deixa a desejar, com as freqüentes constatações, posteriores ao recebimento dos serviços, de que foram empregados materiais de qualidade inferior e realizados os serviços em desacordo com o inicialmente projetado, atribuir mais um encargo de fiscalização quanto aos direitos trabalhistas, em seus vários aspectos, dos empregados da empresa tem coloração de utopia.

13.2. O mesmo se diz quanto à inobservância da legislação relativa à proteção de meio ambiente. Se a obra ou serviço tiver possibilidade de afetar o meio ambiente, a Constituição Federal exige a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental (RIMA), na forma do art. 225, IV.

13.2.1. Quaisquer contratações, pela Administração, que tenham por objeto atividade que interfira no meio ambiente, devem ser precedidas de exigências específicas quanto a esse aspecto, previstas no edital e no contrato. Se não forem atendidas, haverá descumprimento de cláusulas contratuais, o que enseja a rescisão (art. 68, inciso I, do Dec. lei 2300/86).

14. Por último, o art. 86 – que cuida dos regulamentos de licitação e contratação das sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas pela União – recebeu um 3º parágrafo, em que se atribuem poderes ao Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento para determinar “meio, modo e forma” de comunicação ao Departamento da Receita Federal de quantias vultosas pagas por órgãos ou entidades da Administração em decorrência de contratos de obras, compras e serviços.

14.1. É matéria, a meu ver, estranha a uma lei sobre licitações. A rigor, os contratos celebrados pela Administração e seus aditamentos são publicados no Diário Oficial, o que permite o conhecimento dessas despesas, possibilitando o pedido de esclarecimento que a autoridade julgar co[n]veniente.

14.2. Dentre os poderes que o Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento dispõe, inclui-se, obviamente, não só o de “comunicação”, como o de determinação ao Departamento da Receita Federal de quaisquer providências relacionadas com quaisquer quantias, elevadas ou não, pagas em decorrência desses contratos.

14.3. Atribuir poderes a um Ministro de Estado em relação a setor sob seu comando, no corpo da lei regulamentadora de licitação, revela-se autêntica heresia legislativa.

15. Em síntese, penso que a solução para minorar os desmandos que vêm dominando as licitações e contratos da Administração é exercitar os princípios que regem toda atividade administrativa (C.F., art. 37 *caput*), e aqueles específicos para a licitação, com primazia, na fase de habilitação, para o da ampla *competitividade*, reservando-se o da

igualdade formal para a fase do julgamento das propostas, adjudicação e execução do contrato, até o cumprimento das obrigações avençadas. E desde os estudos preliminares da aquisição dos bens, estar o administrador imbuído dos princípios da *realidade* e da *motivação* dos atos decisórios.

15.1. E mais, que no cumprimento desses princípios e normas pertinentes à licitação e contratos, deve haver um controle efetivo da Administração em toda a atividade desenvolvida, responsabilizando-se – administrativa, civil e criminalmente – o administrador que burlou os ditames do interesse público. A propósito, foi publicada a Lei 8429, de 2.6.92, sobre atos de improbidade administrativa.

15.2. A aplicação da lei, alicerçada em sólida doutrina, conduzirá ao reconhecimento de que o atual Decreto-lei 2300/86 não é o responsável por arbitrariedades e desvios cometidos em licitações e contratações. Todas as notícias referidas na justificação ao projeto de alteração de dispositivos do atual Estatuto das Licitações, qualificados de “artifícios para burlar a lei”, são perfeitamente detectáveis no confronto entre os motivos alegados pela autoridade e a realidade fática. Inexistentes ou falsos os motivos, responsabiliza-se o signatário da declaração, em todos os aspectos, e invalidam-se os atos delas decorrentes. Os recursos públicos devem ser geridos com eficiência, probidade e transparência. Aliás, este último vocábulo, embora muito esvaziado de conteúdo pelas muitas repetições em discursos de simples interesse retórico, é dotado de uma conotação apropriada à relação administrador-administrado, no que tange às contratações e gastos públicos, pelo que o mantenho. Realidade das aquisições em todas as fases; maior amplitude na habilitação; eficiência na seleção da proposta vencedora; probidade na despesa pública; enfim, transparência administrativa. É o que se espera. A lei só precisa ser aplicada.

À consideração de V.Exa.

[assinatura]

MARIA FERNANDA. VALVERDE

Procuradora do Estado