

ASSUNTOS GERAIS

COMENTÁRIOS: PROJETO DE LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Nº 59/92)

Marcos Juruena Villela Souto

Encontra-se em tramitação no Congresso Nacional projeto de lei de licitações e contratos administrativos, que em sua última versão recebeu uma série de sugestões da Procuradoria Geral do Estado, onde oficiaram os Procuradores DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO e MARIA FERNANDA VALVERDE.

Em linha geral, o entendimento da Casa é que seria desnecessária uma nova lei, eis que não resulta de uma regular evolução legislativa.

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 nos quais o Brasil tenha aderido (tal qual ocorreria 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 Luís 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, da Previdência e Trabalho, Rogério Magri, e da 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.

É preciso, contudo, vontade política de punir, não bastando criar leis sem qualquer preocupação de vê-las cumpridas.

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 freqüente 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 dispõem 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 módica 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*.

Eram essas, enfim, as observações sobre as propostas de modificação do D.F. nº 2.300/86.

Atenciosamente

MARCOS JURUENA VILELLA SOUTO
Procurador do Estado