

PARECER Nº , DE 2010

Da COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA, sobre a Sugestão nº 4, de 2009, a qual propõe a apresentação de projeto de lei que *modifica a redação do § único do art. 38 e acrescenta o § 9º ao art. 65, os artigos 93-A, 93-B, os §§ 3º e 4º ao art. 113 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 – Lei de Licitações e Contratos, acrescenta o § 4º ao art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, acrescenta o inciso VIII ao art. 11 da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, e acrescenta o artigo 305 – A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal.*

RELATOR: Senador **PAULO PAIM**

I – RELATÓRIO

Vem ao exame desta Comissão a Sugestão nº 4, de 2009, de autoria do Conselho Seccional do Distrito Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/DF), que propõe a alteração de dispositivo da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, bem como a adição de outros no mesmo diploma legal, nas Leis nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. As mudanças se destinam, basicamente, a dar nova disciplina à obrigatoriedade de manifestação e aos efeitos da participação dos órgãos consultivos da advocacia pública em processos administrativos.

Composto por oito artigos, o texto apresentado pela OAB/DF altera a Lei nº 8.666, de 1993, nos seguintes pontos:

- a) modifica o parágrafo único do art. 38, para prever o exame obrigatório das minutas de editais de licitação, contratos e congêneres pelos núcleos consultivos da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral Federal,

- b) das Procuradorias-Gerais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme o caso, e não apenas pela “assessoria jurídica da Administração”, expressão genérica utilizada atualmente pela lei;
- c) inclui § 9º no art. 65, para condicionar as alterações em contratos ao exame prévio e aprovação pelo órgão de advocacia pública competente;
- d) acrescenta §§ 3º e 4º ao art. 113, com o objetivo de determinar que as decisões da autoridade administrativa, em matéria de licitações e contratos, em sentido contrário à orientação do órgão de advocacia pública: (1) sejam motivadas e fundamentadas, sob pena de nulidade; (2) sejam comunicadas imediatamente ao Tribunal de Contas e ao órgão de controle interno competentes;
- e) insere os arts. 93-A e 93-B na lei, tipificando como crime o descumprimento, pela autoridade administrativa, dos deveres indicados nas letras *a* e *c.2*, *supra*.

Quanto à Lei nº 9.784, de 1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), a sugestão adiciona § 4º ao seu art. 50, para prever, relativamente aos processos administrativos federais em geral, o dever descrito na letra *c.2*, *supra*.

No que concerne à Lei nº 8.429, de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), o texto acresce inciso VIII ao seu art. 11, para qualificar como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a omissão em fundamentar ato administrativo praticado em desacordo com orientação de parecer jurídico de órgão da advocacia pública, bem como a omissão em comunicar tal fato ao Tribunal de Contas e aos órgãos de controle interno competentes.

Por fim, a sugestão modifica o Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 (Código Penal), para nele incluir art. 305-A, tipificando como crime a destruição, supressão ou ocultação de parecer ou manifestação de órgão jurídico da advocacia pública em processo administrativo.

II – ANÁLISE

Nos termos do art. 102-E, I e *parágrafo único*, do Regimento Interno do Senado Federal (RISF), esta Comissão é competente para opinar

sobre sugestões legislativas apresentadas por associações e órgãos de classe, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil. No caso de acolhimento da sugestão, ela deve ser transformada em projeto de lei de iniciativa deste colegiado. Já no caso de parecer contrário, a sugestão deve ser arquivada.

O objetivo de tais regras regimentais é fomentar a participação da sociedade civil no processo legislativo. Por esse motivo, entendemos que o exame a ser feito pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) não se deve cercar dos mesmos rigores que caracterizam a atividade das comissões temáticas, quando da análise das proposições legislativas em geral. Com efeito, não é papel da CDH substituir as outras comissões na apreciação de matérias pertencentes aos seus campos temáticos.

Evidentemente, não faz sentido acolher uma sugestão quando se puder, por exemplo, vislumbrar com segurança que ela é claramente incompatível com a Constituição, seja por tratar de matéria cuja iniciativa é reservada a órgão ou autoridade estranha ao Poder Legislativo (e, portanto, não passível de figurar em projeto de iniciativa parlamentar), seja por afronta material à Lei Maior, reconhecida pelo Senado na apreciação de proposições anteriores semelhantes.

O mesmo pode ser dito quando o conteúdo da sugestão já estiver previsto no ordenamento jurídico, quando ela padecer de total falta de razoabilidade, for ininteligível ou houver sido formulada por quem não é regimentalmente legitimado a fazê-lo. Fora de tais hipóteses, deve existir em favor das sugestões uma presunção de aceitabilidade, em homenagem ao princípio da democracia participativa, que o art. 102-E visa a concretizar, e mesmo porque a proposição legislativa originada da sugestão deverá ainda ser objeto de exame por parte das comissões temáticas.

Feitos esses esclarecimentos, temos de reconhecer que a Sugestão nº 4, de 2009, a qual foi formulada por entidade de classe, representada pela sua então Presidente, Dra. Estefânia Viveiros, não versa sobre matéria sujeita à reserva de iniciativa, inova o ordenamento jurídico e não contém dispositivo algum flagrantemente incompatível com a Constituição Federal. Ademais, os fins que animaram a sua formulação são meritórios.

Havendo no texto alguns pequenos lapsos no que concerne à técnica legislativa, entendemos conveniente apresentar nova versão, para adaptá-lo às exigências da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de

1998. Quanto à modificação no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993, quer-nos parecer que a intenção da entidade proponente foi de definir que a manifestação da advocacia pública sobre minutas de editais e contratos fique a cargo do núcleo superior do órgão de assessoramento jurídico da Administração. Sendo assim, consideramos de melhor alvitre não designar explicitamente os órgãos. De mais a mais, careceria de sentido e seria mesmo inconstitucional sujeitar minutas de editais e contratos dos Poderes Legislativo e Judiciário ao exame de órgãos de assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Como salientamos anteriormente, a CDH deve ter um papel facilitador da participação da sociedade civil no processo legislativo. Por esse motivo, e em respeito às intenções que animaram a proponente da sugestão, o texto que apresentamos limita-se a realizar as intervenções estritamente necessárias para adequar a proposição aos ditames da boa técnica legislativa. Sem embargo, parece-nos de todo adequado que o aumento da importância da manifestação do órgão de advocacia pública em processos administrativos venha acompanhado do incremento dos mecanismos de responsabilização dos procuradores do Estado, máxime quando atuarem com grave desídia ou má-fé.

No julgamento do Mandado de Segurança nº 24.584 (DJ de 20.6.2008), o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a competência do órgão jurídico prevista no art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993, gera responsabilidade solidária para o parecerista, por vícios eventualmente identificados no ato. Mesmo no caso de pareceres meramente opinativos, o STF já teve oportunidade de decidir, no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.074 (DJ de 31.10.2003), que o advogado público pode ser responsabilizado quando verificado erro grave ou inescusável. Tal decisão se fundou na exegese de legislação genérica sobre responsabilidade civil, não havendo norma específica a respeito da responsabilidade do advogado do Estado, a qual poderia ser introduzida, por emenda, no âmbito do futuro projeto de lei, caso as comissões incumbidas de examiná-lo considerem adequada a previsão.

III – VOTO

Ante o exposto, somos pelo acolhimento da Sugestão nº 4, de 2009, na forma do seguinte Projeto de Lei do Senado:

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº , DE 2010

Modifica as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, para disciplinar a obrigatoriedade de manifestação e os efeitos da participação dos órgãos consultivos da advocacia pública em processos administrativos.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os arts. 38, 65 e 113 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 38.**.....
.....

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, devem ser previamente examinadas e aprovadas, no âmbito de cada esfera de Poder, pelos núcleos consultivos de seus órgãos superiores de assessoramento jurídico.” (NR)

“**Art. 65.**.....
.....

§ 9º As propostas de alterações no contrato deverão ser previamente submetidas ao órgão da advocacia pública competente, nos termos do parágrafo único do art. 38 desta Lei.” (NR)

“**Art. 113.**.....
.....

§ 3º As decisões proferidas pela Administração Pública em matéria de licitação e contrato, quando não acatarem a orientação escrita do órgão da advocacia pública, deverão ser motivadas com os fatos e fundamentos que levaram à sua discordância, sob pena de invalidade do ato.

§ 4º Na hipótese do § 3º deste artigo, o órgão ou autoridade responsável pela decisão deverá comunicar imediatamente ao Tribunal de Contas e aos órgãos de controle interno competentes os dados do processo, com os fatos e fundamentos que levaram à discordância da manifestação jurídica do órgão da advocacia pública.” (NR)

Art. 2º A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

“**Art. 93-A.** Deixar de submeter, nos termos do parágrafo único do art. 38 desta Lei, as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes à apreciação do órgão jurídico integrante da advocacia pública:

Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa, sem prejuízo da responsabilização por improbidade administrativa.”

“**Art. 93-B.** Deixar de comunicar ao Tribunal de Contas e aos órgãos de controle interno competentes os dados do processo, com os fatos e fundamentos que levaram à discordância da manifestação jurídica do órgão da advocacia pública, em matéria de licitações e contratos:

Pena – detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa, sem prejuízo da responsabilização por improbidade administrativa.”

Art. 3º O art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

“**Art. 50.**.....
.....

§ 4º A autoridade administrativa, na hipótese de não acolher, integral ou parcialmente, o parecer exarado pelo órgão da advocacia pública na edição do ato decisório, deverá comunicar tal fato aos órgãos responsáveis pelo controle interno competentes.” (NR)

Art. 4º O art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“**Art. 11.**.....
.....

VIII – deixar de fundamentar ato administrativo praticado em desacordo com orientação de parecer jurídico de órgão da advocacia pública ou, mesmo fundamentando, deixar de comunicar tal fato ao Tribunal de Contas e aos órgãos de controle interno competentes.” (NR)

Art. 5º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte artigo:

“**Art. 305-A.** Destruir, suprimir ou ocultar parecer ou qualquer manifestação proferida pelo órgão jurídico integrantes da advocacia pública em processo administrativo:

Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa.”

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator