

## **VOTO EM SEPARADO**

Perante a COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 218, de 2010 (Sugestão nº 4, de 2009, na origem), da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, que *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.*

## **I – RELATÓRIO**

Vem ao exame desta Comissão o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 218, de 2010, cuja ementa está transcrita acima.

A matéria foi distribuída ao eminente Senador ALVARO DIAS, que, na reunião do dia 16 de março de 2011, apresentou o seu relatório.

No documento, Sua Excelência informa que:

a proposição se origina da 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.

A Sugestão foi acolhida pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participação (CDH), em sua reunião do dia 9 de junho de 2010, na forma de relatório do Senador PAULO PAIM, que aprovou a proposta da OAB/DF, com pequenos ajustes de redação.

O projeto 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 dos órgãos superiores de assessoramento jurídico de cada Poder, e não apenas pela “assessoria jurídica da Administração”, expressão genérica utilizada atualmente pela lei;
- b) inclui § 9º no art. 65, para condicionar as alterações em contratos ao exame prévio e aprovação pelo órgão de advocacia pública competente;

- c) 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;
- d) 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), o projeto 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, o PLS 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.

Aprovada a Sugestão nº 4, de 2009, pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, ela foi transformada em projeto de lei da autoria daquele colegiado e remetida ao exame desta Comissão, nos termos do art. 102-E, I e *parágrafo único*, do Regimento Interno do Senado Federal (RISF).

Em seu voto, o ilustre relator opina pela aprovação da proposição, com alguns ajustes, afirmando:

É, certamente, de todo o interesse público que o controle da legalidade dos atos administrativos seja reforçado. Esse procedimento é fundamental para que possamos combater a corrupção e garantir a probidade da Administração.

Efetivamente, a proposição avança ao determinar que a autoridade somente possa decidir em desacordo com o parecer jurídico competente se motivar a sua decisão.

Não se trata, certamente, de inverter a hierarquia e determinar que a autoridade obedeça ao parecer de sua assessoria jurídica, mas de especificar que qualquer decisão política tomada em desacordo com as opiniões técnicas seja devidamente motivada e fundamentada.

As alterações propostas irão, com certeza, aumentar a transparência das ações de Governo e garantir a melhoria do gasto público, ajudando a afastar ações deletérias para o Estado brasileiro.

Na mesma reunião, foi-nos concedida vista da matéria, nos termos regimentais.

## II – ANÁLISE

É meritória a preocupação apresentada pelos ilustres proponentes da Sugestão nº 4, de 2009, bem como pelo eminente relator da matéria nesta Comissão.

Efetivamente, todos os esforços devem ser feitos no sentido de se assegurar a correção do processo licitatório e de compras e contratação de obras e serviços pela administração pública. E, nesse processo, a participação do profissional do Direito é imprescindível.

Trata-se de exigência imposta pelos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade, aos quais o Poder Público está obrigado a observar, por determinação do art. 37 da Lei Maior.

Ocorre, entretanto, que tal preocupação deve harmonizar os diversos princípios para que se cumpra a Constituição e se permita o adequado funcionamento do Estado, não se pode, assim, afetar em demasia outro princípio constitucional fundamental, o da eficiência, introduzido na Carta Magna pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

Após a Constituição de 1988 em seu art. 37, inciso XXI, instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública e a Lei 8.666/93 o regulamentar é possível verificar que o sentido da evolução do Marco Legal do Sistema de aquisições públicas no Brasil se deu apoiado no seguinte tripé:

- (i) racionalização do fluxo processual;
- (ii) uso intensivo de ferramentas tecnológicas e
- (iii) ampliação do controle através da transparência.

A racionalização do fluxo processual e o uso intensivo de tecnologia se evidenciam na instituição da modalidade Pregão, especialmente o pregão eletrônico

O primeiro instrumento normativo a prever a possibilidade de realização do que viria ser chamado Pregão Eletrônico foi a Medida Provisória nº 2.026/2000, em seu art. 2º, parágrafo único.

*Art. 2º Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, promovida exclusivamente no âmbito da União, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública Parágrafo único. Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.*

O principal aspecto de inovação no fluxo processual foi a inversão entre as fases de competição entre os licitantes e avaliação da habilitação (documentos) da proposta mais vantajosa, tal solução reduziu os incidentes de impugnação predatória e formalista entre os licitantes.

Com o intuito de otimizar o procedimento do Pregão, potencializando os mecanismos para a divulgação, publicidade, ampla participação, o parágrafo 1º do art. 2º, da Lei nº 10.520/2002, consagrou a implementação do que se convencionou denominar Pregão Eletrônico, realizado por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica,

O Decreto nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000, aplicando-se subsidiariamente o Decreto 3.555, de 8 de agosto de 2000, tratou do Pregão Presencial. Por fim, o Governo Federal editou o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que foi publicado no Diário Oficial da União do dia 1º de junho de 2005, o novo regulamento do Pregão Eletrônico, que finalmente veio atualizar seu procedimento e adequar as incongruências.

A consolidação desta ferramenta no bojo da modernização e racionalização do fluxo processual das licitações trouxe

incontestável ganho para a Administração, conforme as seguintes estatísticas obtidas no site Comprasnet do Ministério do Planejamento.

*Tomando como base apenas o ano de 2010 e as compras de bens e serviços comuns, que representaram 70% das aquisições (40 bilhões), constatou-se o sucesso dessa modalidade, tendo em vista que foi utilizada em cerca de 89% dos processos de compra (33.720 processos) e respondeu por 66% do valor gasto (R\$ 26,2 bilhões) nas aquisições de bens e contratações de serviços comuns.*

*A análise da evolução do pregão eletrônico na compra de bens e serviços comuns no período de 2005 a 2010, considerando os meses de janeiro a dezembro, mostrou um crescimento acumulado de 152% nos processos de compra e 485% no valor despendido nas aquisições/contratações públicas.*

*Ainda em relação ao pregão eletrônico, foi observada a evolução da economia gerada pelo uso do mesmo em relação ao valor de referência<sup>3</sup>, neste caso tomando como base o período de 2005 a 2009. Nesse contexto, a economia média ficou em torno de R\$ 6,06 bilhões (21,2%) e acumulou um aumento de 252% de 2005 a 2009. Além disso, no ano de 2010 os cofres públicos economizaram cerca de 21,3% (R\$ 7,1 bilhões) nas compras governamentais quando realizadas por pregão eletrônico.*

No que se refere à Transparência como ferramenta do controle: seja ele institucional ou social, seja interno ou externo; deve ser destacada a iniciativa já consolidada dos portais de transparência, que permitam à sociedade e às instituições acompanhar de perto a utilização dos recursos públicos.

Ora, em síntese, o ordenamento jurídico vigente já prevê a oitiva dos órgãos de assessoramento jurídico em todo o processo de compras e contratações da administração pública e determina que todas as manifestações desses órgãos constem dos autos respectivos. Trata-se de comando que consta do inciso VI e do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993.

A mesma Lei prevê, também, a competência dos tribunais e conselhos de contas no controle das licitações e contratações e que qualquer cidadão poderá representar a esses órgãos sobre ilegalidade que tenha conhecimento no tema.

Assim, ainda que se reconheça a pertinência da preocupação em torno do tema, não nos parece que a presente proposição irá, efetivamente, aprimorar o processo de compras e contratações públicas, na medida em que poderá aumentar a burocratização desses procedimentos, impondo mais fases ao processo de licitação.

Isso pode, mesmo, tender a uma excessiva centralização de poder na mão dos procuradores e consultores jurídicos, tornando mais lento a execução de obras e serviços públicos e, na prática, caminhar exatamente no sentido contrário ao que aqui se pretende.

As principais causas de resultados desvantajosos para a Administração nas licitações estão ligadas a aspectos técnicos específicos dos bens e serviços contratados, tais como: definição direcionada dos objetos, atuação de cartéis, apresentação de propostas inexecutáveis, falta de planejamento das compras para ganhos de escala.

Ou seja, mais afetos a outras áreas do conhecimento (Administração, Engenharia, Economia, Tecnologia da Informação), que, sem prejuízo às manifestações jurídicas já previstas, de fato contribuiriam para a resolução destas questões.



Assim, o que precisamos, sem dúvida, é de licitações sob rigoroso controle social e com transparência, sem implicar, contudo, morosidade e ineficiência no seu procedimento.

### **III – VOTO**

Do exposto, votamos pela rejeição do PLS nº 218, de 2010.

Sala da Comissão,

Senador LINDBERGH FARIAS