

O 171 QUE DEVE SER EVITADO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES¹

Fabrício Motta

Conselheiro do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Doutor em Direito do Estado pela USP e Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (2017-2019).

Victor Amorim

Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor dos cursos de pós-graduação do IDP, Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) e do Instituto Goiano de Direito (IGD). Advogado e Consultor Jurídico.

1. INTRODUÇÃO

A aprovação recente de uma “nova” Lei de Licitações pelo Senado Federal tem merecido a atenção e despertado preocupações em agentes públicos e nos particulares interessados no complexo universo das contratações públicas². Não obstante a importância e a euforia de alguns com a notícia, é preciso atentar para a análise jurídica e política que serão feitas pelo Presidente da República acerca do projeto aprovado pelo Congresso Nacional, sendo cabíveis – a até esperados – vetos a dispositivos específicos do texto, sobretudo se considerarmos a extensão do normativo (190 artigos) e o maximalismo da abordagem, chegando a abranger, sob o manto da legislação primária, matérias tradicionalmente tratadas por regulamentos³.

¹ Artigo originalmente publicado na edição de 17/12/2020 da coluna “Interesse Público”, no portal Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-17/interesse-publico-171-evitado-lei-licitacoes>>.

² A bem da verdade, a despeito da aprovação do PL nº 4.253/2020 (referente à autuação do substitutivo da Câmara dos Deputados ao PLS nº 559/2013), o processo legislativo ainda não foi concluído, restando pendente a consolidação textual pela Secretaria Geral da Mesa do Senado Federal, a formação dos “autógrafos” a serem assinados pelo Presidente da Casa Legislativa e, por fim, a sanção do Presidente da República. Tramitação disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>>.

³ A exemplo, vide: o §1º do art. 23 que incorpora a redação da Instrução Normativa SEGES nº 05/2014, já revogada pela IN SEGES nº 73/2020; o §2º do mesmo art. 23, baseado no Decreto Federal nº 7.983/2013; o art. 49 que trata das minúcias da documentação de fiscalização e acompanhamento de contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra; o art. 85 que incorpora os procedimentos específicos da “intenção de registro de preço” com esteio em similar redação existente no art. 4º do Decreto Federal nº 7.892/2013.

2. ART. 171 DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

No novo tratamento normativo dispensado ao controle das contratações, a previsão contida no art.171⁴ chama à atenção – em especial por ter passado incólume no Senado, após inclusão no substitutivo aprovado pela Câmara dos Deputados em setembro de 2019:

Art. 171. Os órgãos de controle deverão orientar-se pelos enunciados das súmulas do Tribunal de Contas da União relativos à aplicação desta Lei, de modo a garantir uniformidade de entendimentos e a propiciar segurança jurídica aos interessados.

Parágrafo único. A decisão que não acompanhar a orientação a que se refere o caput deste artigo deverá apresentar motivos relevantes devidamente justificados.

A necessidade de segurança jurídica é tão inquestionável que seria prescindível tal referência, notadamente diante dos preceitos da LINDB⁵. Entretanto, o texto proposto confere competência normativa anômala ao Tribunal de Contas da União, a ser materializada por meio de enunciados abstratos apriorísticos, decorrentes de uma pretensa consolidação dos entendimentos da Corte. A previsão é inconstitucional, é merecedora de veto.

Partindo da sistemática do controle externo estabelecida na Constituição Federal, percebe-se não haver qualquer suposição ou indicação de proeminência do TCU em face dos demais Tribunais de Contas, estaduais e municipal. Há diferente campo material para atuação de cada Corte, notadamente em razão da autonomia dos entes da federação. Pressupõe-se, assim, a independência entre os Tribunais de Contas, mesmo nos casos de atuação concomitante, quando se está diante de aplicação de recursos de diferentes origens federativas. O dispositivo também afronta o art. 74 da Constituição por mitigar a autonomia de atuação dos órgãos de controle interno que, muito embora devam auxiliar o controle externo, possuem espaço próprio

⁴ Originalmente, nos autógrafos registrados na Câmara dos Deputados, tal disposição correspondia ao art. 172. Contudo, em face da aprovação pelo Plenário do Senado Federal em 10/12/2020 do Destaque nº 2.913, apresentado pela Liderança do PSB para a rejeição do art. 169 do substitutivo, houve a renumeração do art. 172 para art. 171.

⁵ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com as alterações operadas pela Lei nº 13.655/18.

O 171 QUE DEVE SER EVITADO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Fabício Motta e Victor Amorim

de atuação exercido, em regra, *ex ante*. Muito embora seja recomendável a atuação dos controladores internos em harmonia com as orientações dos tribunais de contas, os *obstáculos e dificuldades reais* dos casos concretos podem direcionar a atuação em sentido distinto daquela simulada pelo controle, em benefício do interesse público (o que não isenta a atuação do controle interno de posterior escrutínio pelo Tribunal de Contas, no limite de suas atribuições)⁶.

Ainda que o texto do art. 171 se refira a “súmulas” (e não a todo e qualquer julgado da Corte de Contas), o fato é que se tratam de enunciados textuais de caráter abstrato-normativo. Logo, vincularão, *ope legis*, os agentes públicos quando do enfrentamento de situações futuras, independentemente das características e do contexto do caso concreto. Daí, estar-se-ia a retirar toda liberdade interpretativa do agente público e a fechar os caminhos alternativos não reputados pelo TCU como viáveis.

A interpretação que se propõe não implica em qualquer demérito ao TCU – ao contrário, aquela Corte reconhecidamente desempenha papel essencial no controle da Administração e possui corpo técnico de excelência. Entretanto, notadamente em matéria de licitações e contratos, o TCU, nas últimas duas décadas⁷, tem demonstrado tendência expansiva – e até mesmo invasiva, em determinados casos –, mitigando a própria segurança jurídica que se quer proteger. A desconsideração de interpretações jurídicas razoáveis por parte do gestor pode ser caracterizada como *indeferência*, cristalizando entendimentos gerais que não se adequam à natural variedade de casos concretos vivida em cada um dos milhares de órgãos e entidades públicas. Ou seja, estaríamos diante de “super” súmulas, dando respostas antes mesmo das perguntas⁸. Para

⁶ Já é possível imaginar interpretação ampliada da regra proposta para abranger também a Advocacia Pública, na densificação do conceito de “órgão de controle”, dado o disposto no inciso II do art. 162 do projeto: “Art. 168. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: [...] II – segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade”;

⁷ Vide, para tanto: AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Julgados do TCU em matéria de licitações e contratos não são jurisprudência. *Consultor Jurídico*, abr. 2018, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/vitor-amorim-julgados-tcu-nao-sao-jurisprudencia>>.

⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 31.

O 171 QUE DEVE SER EVITADO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Fabício Motta e Victor Amorim

tanto, já temos a experiência institucional observada na edição das súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, destacando-se apenas que, tal possibilidade, é expressamente prevista no art. 103-A da Constituição Federal. Sob o prisma histórico, é salutar registrar a existência de discussão similar à atualmente vivida com o art. 171. No caso, o próprio Plenário do TCU, em sessão no dia 13/8/1987, no bojo do Processo TC 2.084/1987⁹, travou discussão sobre a abrangência e os limites da suposta competência normativa da Corte prevista no § 2º do art. 79 do Decreto-Lei 2.300/1986¹⁰, a norma geral sobre licitações e contratos administrativo revogada posteriormente pela Lei 8.666/1993. Em seu voto, expôs o ministro Ivan Luz:

[...] Em nenhum momento ao legislador constitucional ocorreu a hipótese de atribuir ao Tribunal de Contas funções regulamentadoras das leis, 'instruções complementares' a estas. Não lhe compete, desenganadamente, normatizar 'procedimentos licitatórios' ou matéria relativa a 'contratos administrativos'. O que lhe cabe, isso sim, é, no exercício de suas funções jurisdicionais, interpretar as normas que regulam as atividades da administração federal para realizar o controle de legalidades de seus atos e o julgamento, conseqüente, da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens, dinheiros e valores públicos [...] Em conclusão e pelos motivos expostos, não me parece deva o Tribunal expedir as instruções complementares de que trata o §2º do art. 79 do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986" [grifou-se].

Sancionado o art. 171, sem sombra de dúvida, o TCU emergirá como a grande – e principal – fonte produtora de normas em matéria de licitações e contratos, não havendo sequer delimitação da força vinculativa das súmulas à lógica da cisão entre “normas gerais” e “normas específicas” (e alcançando indistintamente, por esta razão, a Administração de todos os entes federados). Trata-se de um verdadeiro paradoxo, no qual a “norma geral” dota um órgão sem representação democrática da competência de edição de enunciados textuais vinculativos que, inclusive, poderão se referir à “normas específicas”, mas que irão atrelar Estados e Municípios.

Registre-se que o próprio TCU já se atribuiu poderes semelhantes àqueles comentados neste artigo, consagrados no verbete de sua súmula nº

⁹ Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45592/43997>>

¹⁰ “O Tribunal de Contas da União, no exercício de sua competência de controle da administração financeira e orçamentária (art. 70, §§ 1º e 3º da Constituição), poderá expedir instruções complementares, reguladoras dos procedimentos licitatórios e dos contratos administrativos”.

222: “*Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*”. Viável fosse a juridicidade desta súmula, talvez as decisões do TCU que envolvessem orçamento, proteção ao patrimônio histórico e responsabilidade por danos ao meio ambiente, por exemplo, igualmente deveriam ser acatadas por todos os administradores públicos do país, uma vez que se trata de competências concorrentes às quais cabe à União regular com normas gerais. Entretanto, é fácil perceber que o verbete desta súmula não resiste a um simples confronto com a Constituição.

3. CONCLUSÃO

Em arremate, existem motivos – jurídicos e políticos – de sobra para que o art. 171 seja vetado ao tempo da sanção do projeto da “nova” Lei de Licitações pelo Presidente da República. Além da inconstitucionalidade tratada, há o fundado risco de *engessar* - ilegitimamente – a atuação dos gestores estaduais e municipais às interpretações originalmente vocacionadas à unicamente à atuação suportada com recursos federais¹¹ - lembremos que levar a sério os artigos 20 e 22 da LINDB demanda o reconhecimento das realidades particulares de Estados e Municípios de diferentes portes, ainda assim muito distantes da realidade vivida na Esplanada brasiliense.

A sanção do art. 171 representará empecilhos talvez insuperáveis ao desenvolvimento de um paradigma hermenêutico próprio dos estados e municípios, caracterizado pela elaboração e condução autônomos do modo de se fazer gestão pública – a partir da contextualização e da consideração das realidades peculiares de cada um desses entes – e pela incorporação crítica, quando for o caso, das práticas observadas no âmbito da Administração Federal. Por outro lado, cabe aos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios buscar

¹¹ Acerca da necessidade de observância da autonomia hermenêutica de Estados e Municípios em matéria de licitações e contratos, vide: AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Por um "giro hermenêutico" no Direito Administrativo de estados e municípios. *Consultor Jurídico*, set. 2019, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-16/victor-amorim-visao-nacional-compras-publicas>>.

O 171 QUE DEVE SER EVITADO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Fabício Motta e Victor Amorim

a construção de seus próprios precedentes de forma tecnicamente motivada, com coerência e transparência, para que seja possível não somente fiscalizar como também contribuir para o incremento da qualidade das contratações públicas.

As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:

MOTTA; Fabício. AMORIM; Victor Aguiar Jardim de. *O 171 que deve ser evitado na Nova Lei de Licitações*. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: dd/mm/aaaa.