

RECEBIDO EM: 06/05/2021

APROVADO EM: 13/09/2021

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E O CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS¹

THE NEW BIDDING LAW AND PUBLIC PROCUREMENT CONTROL

Edilson Pereira Nobre Júnior

Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Doutor em Direito Público. Realizou investigação a nível de Pós-Doutoramento perante o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região.

Ronny Charles Lopes De Torres

Advogado da União. Doutorando em Direito do Estado e Regulação - UFPE. Mestre em Direito Econômico - UFPB. Pós-graduado em Direito tributário - IDP. Pós-graduado em Ciências Jurídicas - UNP. Membro da Câmara Permanente de Licitações e Contratos da Consultoria Geral da União.

¹ O presente texto teve origem em exposição realizada pelo segundo autor durante seminário da disciplina “Controle da Administração: novas dimensões”, ministrada pelo primeiro autor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife - UFPE. O primeiro dos autores supervisionou o desenvolvimento do texto, sugerindo acréscimos e supressões.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Breves considerações sobre a atividade de controle; 2. O controle externo nas legislações licitatórias; 3. O controle das contratações públicas na Nova Lei de Licitações; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa a Lei nº 14.133/2021, com especial enfoque nas regras relacionadas à atividade de controle, avaliando a evolução legislativa, o avanço das competências dos órgãos de controle e a relevante influência deles na construção do texto da Nova Lei de Licitações e na atuação administrativa, sem deixar de ponderar, de qualquer forma, os riscos de e disfuncionalidades decorrentes, quando há excesso de protagonismo e influência. Então, realizando um resgate histórico da modelagem dada aos órgãos de controle nas legislações licitatórias anteriores, os autores fazem análise crítica e propositiva sobre o disciplinamento feito no controle pela Nova Lei de Licitações.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão Pública. Nova Lei de Licitações. Processo licitatório. Atividade de controle. Evolução legislativa. Protagonismo. Disfuncionalidade.

ABSTRACT: This article analyzes the Law 14.133/2021, with a special focus on the rules related to the control activity, evaluating the legislative evolution, the advancement of the powers of the control bodies and their relevant influence in the construction of the text of the New Procurement Law and in administrative performance, without neglecting, in any way, the risks of and resulting dysfunctionalities, when there is an excess of protagonism and influence. Then, realizing a historical review of the modeling given to the control bodies in the previous bidding legislation, the authors make a critical and propositional analysis on the discipline made in the control by the New Bidding Law.

KEYWORDS: Public Management. New Procurement Law. Bidding process. Control activity. Legislative developments. Protagonism. Dysfunctionality.

INTRODUÇÃO

Recentemente, foi publicada a Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA). Essa legislação vinha sendo aguardada com muita expectativa por agentes públicos e privados, em virtude da necessidade de modernização do regime jurídico licitatório, frente às evoluções ocorridas na sociedade, no mercado e na própria Administração Pública.

Nada obstante, as dificuldades de abordagem do tema, pelo Congresso Nacional, resultaram em um processo legislativo moroso e marcado por idas e vindas, que, após décadas, chegou a sua conclusão muito mais por uma confluência de fatores que geraram a oportunidade de aprovação, do que propriamente por se ter chegado a uma reflexão madura sobre a plataforma legal necessária ao desenvolvimento do regime jurídico licitatório e contratual da Administração Pública.

As alterações nas tecnologias, no mercado e na própria sociedade vêm escancarando a ineficiência do formato tradicional de licitação e contratação, com seu caráter nitidamente analítico, burocrático e detalhista. Desde sua aprovação, a Lei nº 8.666/93 vinha sofrendo paulatina modificação e esvaziamento, seja por alterações de seu texto ou pela aprovação de leis especiais, como a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), a Lei nº 12.232/2010 (Licitações de publicidade), a Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações) e a Lei nº 13.303/2016 (Lei das estatais), além de tantas outras que a modificaram.

Nessa trilha, as disfuncionalidades do sistema de compras governamentais brasileiro ficaram ainda mais evidentes no ano de 2020, diante da necessidade de contratações para o enfrentamento da pandemia COVID-19 (FIUZA et al., 2020), as quais exigiram a aprovação urgente de um regime provisório de contratação pública, pela Lei nº 13.979/2020 e pela Lei nº 14.065/2020.

Todo esse cenário precisa ser devidamente avaliado para que se compreenda corretamente diversos elementos que influenciaram a construção da Nova Lei de Licitações. O texto aprovado pelo Congresso foi deveras extenso e analítico, reunindo quase 200 artigos, vários deles repletos de conceitos e disciplinamentos procedimentais sobre matérias estranhas à reserva legal. O diploma agregou disposições da Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações) e da Lei nº 10.520/2002 (Lei do pregão) à plataforma legal da Lei nº 8.666/93, acrescentando ainda

regramentos outrora identificados em normativos infralegais ou em legislação estrangeira, como se deu com a modalidade diálogo competitivo, claramente inspirada no diálogo concorrencial, previsto na Diretiva 2014/24 da União Europeia (artigo 30).

Algo natural a uma matéria dessa importância, para além da composição de regras de diversos diplomas legais, o produto final do processo legislativo, assim como ocorrera quando da aprovação da Lei nº 8.666/93, sofreu a influência de diversos atores públicos e privados, o que é claramente identificado em alguns de seus trechos, nos quais interesses exógenos e endógenos à máquina pública acabam se manifestando no texto legal.

Uma das áreas na qual essa influência talvez se torne mais flagrante, sem dúvida, é no regramento do controle das contratações públicas.

Tanto é assim que, a partir da edição do Decreto-Lei 2.300/86, posteriormente seguida pela Lei nº 8.666/93, a legislação licitatória brasileira tem definido ritos procedimentais repletos de controles para a seleção do fornecedor, com prestígio especial à atuação dos órgãos propriamente de controle. Porventura pelo relevante protagonismo dessas instituições nas últimas décadas, bem assim da constante preocupação da sociedade brasileira com o desvio de recursos públicos e, com casos de corrupção, a importância da atividade institucional de controle foi ainda mais esmiuçada no texto da Lei nº 14.133/2021, merecendo especial análise e atenção.

No presente artigo, abordaremos o disciplinamento das novas regras legislativas concernentes ao controle das contratações públicas, fazendo breves considerações e apontamentos sobre suas disposições, sem descuidar de uma análise crítica acerca do panorama normativo definido pelo legislador.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATIVIDADE DE CONTROLE

Com a Constituição de 1988, tivemos uma impactante alteração no escopo de atuação do Tribunal de Contas da União². Embora o Constituinte, assim como ocorrera na Constituição de 1967-69 (art. 71, §1^o), tenha

2 Doravante identificado no texto pela sigla TCU.

3 Os preceitos da Constituição antecedente, referidos nestes tópicos, acham-se transcritos na nota de rodapé 16.

mantido o controle externo da União a cargo do Congresso Nacional, tendo o Tribunal de Contas da União uma atuação auxiliar, é indiscutível que o escopo de atuação da Corte de Contas foi deveras ampliado⁴.

Rosilho (2019, p. 58/61) detalha que houve estratégica movimentação de setores relacionados aos Tribunais de Contas, no período prévio à constituinte, objetivando alça-lo à condição de Poder de Estado. Embora esse intento não tenha sido alcançado, sem dúvida alguma, o texto constitucional elevou o espectro de atuação do controle externo a um novo patamar. Se a Constituição de 1967 (art. 71, §3º) outorgava ao controle externo, exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas, a incumbência de realizar a auditoria financeira e orçamentária dos órgãos e entidades da União, a Constituição Federal de 1988 (art. 70, *caput*) atribui ao controle externo a fiscalização financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial (acrescendo essas três últimas), não apenas em relação à legalidade, mas também em relação à legitimidade e à economicidade.

Nesse prumo, a fiscalização operacional, a qual vem sendo cada vez mais desenvolvida pelo TCU, tem permitindo ou induzido uma inserção da atividade de controle na medição da eficácia, eficiência e efetividade dos gastos da União (PESSOA; SILVA, 2021, p. 242), com o risco de, por vezes, extrapolar suas competências constitucionais. Há, nesse ponto, uma questão sensível e complexa. Por um lado, a atuação daquele é fundamental, porque sua posição equidistante em relação aos Poderes e seu qualificado corpo técnico permitem a produção de relevantes diagnósticos, contribuindo para o aperfeiçoamento da atividade administrativa. A fiscalização das despesas públicas por uma “corporação distinta”, mais afastadas das “agitações políticas” é uma conquista do direito moderno (BUZAID, 2012, p. 37-62). Por outro lado, a fiscalização operacional agregada ao risco de punição pode contribuir para um comportamento disfuncional, transformando o TCU em uma “espécie de revisor geral da administração, utilizando seus poderes não só para contribuir com a ação administrativa de modo colaborativo (o que é desejável), mas comandá-la segundo seu próprio

4 No sistema jurídico lusitano, a Constituição da República Portuguesa atribui ao Tribunal de Contas a competência para fiscalizar, juntamente com a Assembleia da República, a execução do orçamento (artigo 107). Não obstante, mais à frente o insere no rol das categorias dos tribunais (artigo 209, n° 1, c), conferindo-lhe a qualidade de órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e do julgamento das contas, independente de outras competências que lhe forem atribuídas legalmente, competindo-lhe nomeadamente: a) emitir parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social; b) emitir parecer sobre as contas das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira; c) verificar a responsabilidade por infrações financeiras, nos termos da lei (artigo 214, n° 1, alíneas a a d).

juízo de valor (o que pode ser problemático)” (TRISTÃO in SUNDFELD; ROSILHO, 2020, p. 99-112).

A mudança constitucional, ampliando o escopo de atuação dos Tribunais de Contas, estabeleceu bases para certa mudança de postura do controle externo, notadamente do TCU, com avanço institucional importante para equilibrar as forças, tensões e excessos na atuação dos Poderes em diversas áreas, sobretudo administrativa e financeiramente, mas por vezes descambando em excessiva interferência no comportamento dos demais agentes estatais, inclusive em relação à adoção de políticas públicas (SUNDFELD; CÂMARA in SUNDFELD; ROSILHO, 2020, p. 19-58) ou “eliminando dose indispensável de discricionariedade do administrador” (NOBRE JÚNIOR, 2019, p. 34).

2. O CONTROLE EXTERNO NAS LEGISLAÇÕES LICITATÓRIAS

Nos últimos 100 anos, tivemos relevantes alterações na legislação licitatória brasileira, o que é natural, uma vez que este regramento necessita se adaptar às mudanças que ocorrem na sociedade, no mercado e na própria Administração. Desprezando as diversas leis especiais que complementaram o regime licitatório e nos restringindo apenas aos diplomas normativos gerais, sobre licitações, é possível identificar uma relevante mudança, tanto em relação ao modelo adotado como em relação ao regramento destacado ao controle externo.

Rosilho lembra que a disciplina normativa dos procedimentos licitatórios, embora tenha apresentado um início minimalista⁵, até pouco mais da metade do Século XX, a partir de então demonstrou uma “espécie de fechamento do sistema de contratações públicas e de densificação da regulação jurídica das licitações”, com um formato maximalista⁶, que “ganhou corpo na década de 1980 e solidificou-se na década de 1990”, continuando ainda hoje, embora sejam claros os indícios de exaustão desse modelo legal (ROSilHO, 2013, p. 31).

5 Modelo pouco analítico e que permite maior discricionariedade da tomada de decisões pelo agente público responsável pela definição do modelo de seleção (licitação).

6 Modelo mais analítico e restritivo ao exercício da discricionariedade, vinculando a tomada de decisões pelo agente público responsável pela definição do modelo de seleção ao mero cumprimento das opções previamente definidas pelo legislador.

O Decreto nº 15.783/1922⁷ (Regulamento de Contabilidade Pública da União) e o Decreto-Lei nº 200/1967⁸ eram diplomas que tratavam sobre diversos temas, entre eles licitações e contratações públicas. Nesta área apresentavam modelos minimalistas, com poucas disposições disciplinando as licitações e contratos, o que permitia ampla margem de discricionariedade ao gestor na definição da modelagem da seleção do fornecedor. Ademais, nesse período não havia uma política nacional de contratações públicas, já que “o Regulamento Geral de Contabilidade Pública continha diretrizes para a seleção de fornecedores para a Administração Pública Federal, mas nada dizia quanto aos procedimentos licitatórios a serem seguidos por Estados e Municípios” (ROSILHO, 2013, p. 36).

Em relação ao controle, o Decreto nº 15.783/1922 (Regulamento de Contabilidade Pública da União) trazia consigo uma formatação diferente da que estamos acostumados hoje para a atuação do Tribunal de Contas. Vale registrar que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, definia que o Tribunal de Contas detinha a competência de “liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso”⁹. Por seu turno, o Decreto nº 15.783/1922 estabelecia o registro pela Corte como uma formalidade necessária para os contratos pactuados pela Administração¹⁰. Da mesma forma, a prorrogação, suspensão ou rescisão desses contratos exigia o registro pelo Tribunal de Contas¹¹.

Tal registro era uma condição para a exigibilidade dos contratos. Nesse sentido, inclusive, o artigo 784 definia que os atos de adjudicação definitiva e os contratos celebrados com a Administração Pública estavam sujeitos à condição suspensiva de sua aprovação, sendo exigíveis, apenas, depois de aprovados pela autoridade competente (Ministro ou funcionário delegado) e de terem sido registrados pelo Tribunal de Contas.

7 O referido Decreto tratava, em seu Título VII (artigos 736 a 802) sobre regras de licitações e contratações públicas.

8 O referido Decreto-Lei tratou, em seu título XII (artigos 125 a 144), sobre normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações.

9 Constituição de 1891. Art 89 - É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença.

10 Art. 767. Para a validade dos contractos serão necessárias as seguintes formalidades:(...) i) que sejam registrados pelo Tribunal de Contas.

11 Art. 769. Nos actos de prorrogação, suspensão ou rescisão dos contractos, deverão ser respeitadas todas as formalidades exigidas para a legalidade dos mesmos, inclusive registro pelo Tribunal de Contas.

Ao Tribunal de Contas era estabelecido um prazo de 15 dias para o registro desses contratos, lapso temporal que iniciava sua contagem a partir da chegada do contrato ao Tribunal. Após este prazo, sem o respectivo “julgamento”, o contrato era tido como registrado para todos os efeitos (art. 790). Por outro lado, quando o Tribunal de Contas recusava registro a algum contrato, era possível ao Presidente da República, com base nos interesses do Estado ou na conveniência da ordem pública, executá-lo sem apreciar os fundamentos da recusa do registro.

Na Constituição de 1934, além de julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, o Tribunal de Contas detinha a competência de registrar os contratos administrativos, os quais apenas se reputavam perfeitos e acabados, quando por aquele registrados. Em caso de recusa pelo Tribunal, a execução do contrato ficava suspensa até o pronunciamento do Poder Legislativo¹².

A Constituição de 37 (BRASIL, 1937), por seu turno, disciplinou de forma muito reduzida o Tribunal de Contas, fazendo-o em um único artigo (art. 114), de sorte a definir apenas sua competência para “acompanhar, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União”. Mesmo a alteração do dispositivo pela Lei Constitucional nº 9, de 1945, não acrescentou maiores disposições, mas apenas retirou a condição de “aprovação do Conselho Federal” para que se efetivassem as nomeações dos Ministros, pelo Presidente da República¹³.

12 Art 101 - Os contratos que, por qualquer modo, interessarem imediatamente à receita ou à despesa, só se reputarão perfeitos e acabados, quando registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspende a execução do contrato até ao pronunciamento do Poder Legislativo. § 1º - Será sujeito ao registro prévio do Tribunal de Contas qualquer ato de Administração Pública, de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste. § 2º - Em todos os casos, a recusa do registro, por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio, tem caráter proibitivo; quando a recusa tiver outro fundamento, a despesa poderá efetuar-se após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso ex officio para a Câmara dos Deputados. § 3º - A fiscalização financeira dos serviços autônomos será feita pela forma prevista nas leis que os estabelecerem.

13 Art. 114 - Para acompanhar, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União, é instituído um Tribunal de Contas, cujos membros serão nomeados pelo Presidente da República. Aos Ministros do Tribunal de Contas são asseguradas as mesmas garantias que aos Ministros do Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945). Parágrafo único - A organização do Tribunal de Contas será regulada em lei. (Redação dada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945).

Já a Constituição de 1946 trouxe maior disciplinamento sobre as competências do Tribunal de Contas, o qual, além de auxiliar o Poder Legislativo na fiscalização da administração financeira e execução do orçamento, tinha, expressas no texto constitucional, as competências de acompanhar e fiscalizar diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento; julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas; julgar a legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões. A Constituição mantinha ainda a prerrogativa de registro dos contratos, pelo Tribunal de Contas, definindo que eles apenas se reputariam perfeitos após tal ato¹⁴, fazendo-o, porém, sob reserva de apreciação pelo Congresso Nacional, como bem registrou Alfredo Buzaid (2012, p. 37-62).

Com a Constituição de 1967, iniciou-se uma mudança relevante nas competências do Tribunal de Contas, seguindo uma trilha mais próxima à atualmente adotada, com reflexos na legislação licitatória.

Ao tratar sobre licitações e contratos, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, não mantinha a função de registro dos contratos, pelo Tribunal de Contas. Essa nova compleição era natural, uma vez que o regime da Constituição Federal de 1967 já previa uma formatação diversa ao Tribunal de Contas da União, como órgão auxiliar ao controle externo desenvolvido pelo Congresso Nacional¹⁵.

14 Art. 77 - Compete ao Tribunal de Contas: I - acompanhar e fiscalizar diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento; II - julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas; III - julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões. § 1º - Os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional. § 2º - Será sujeito a registro no Tribunal de Contas, prévio ou posterior, conforme a lei o estabelecer, qualquer ato de Administração Pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro nacional ou por conta deste. § 3º - Em qualquer caso, a recusa do registro por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio terá caráter proibitivo. Quando a recusa tiver outro fundamento, a despesa poderá efetuar-se, após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso ex officio para o Congresso Nacional. § 4º - O Tribunal de Contas dará parecer prévio, no prazo de sessenta dias, sobre as contas que o Presidente da República deverá prestar anualmente ao Congresso Nacional. Se elas não lhe forem enviadas no prazo da lei, comunicará o fato ao Congresso Nacional para os fins de direito, apresentando-lhe, num e noutro caso, minucioso relatório de exercício financeiro encerrado.

15 Art. 71 - A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei. § 1º - O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos. § 2º - O Tribunal de Contas dará parecer prévio, em sessenta dias, sobre as contas que o Presidente

De acordo com a Constituição de 1967, no exercício de suas atribuições de controle da administração financeira e orçamentária, o Tribunal de Contas representaria ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional sobre irregularidades e abusos por ele verificados, devendo, na hipótese de verificar ilegalidade de qualquer despesa: a) assinar prazo razoável para que o órgão da Administração Pública adotasse as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; b) no caso do não atendimento, sustar a execução do ato, exceto em relação aos contratos; c) na hipótese de contrato, solicitar ao Congresso Nacional que determinasse a sua sustação, ou outras que julgar necessárias ao resguardo dos objetivos legais. Vale registrar que, se o Congresso Nacional não deliberasse sobre a solicitação de sustação, no prazo de trinta dias, a impugnação seria considerada insubsistente¹⁶.

De qualquer forma, com a Constituição de 1967, ocorreu fundamental mudança na atuação do Tribunal de Contas, deixando de exercer um controle prévio para exercer o controle de legalidade *a posteriori*.

O Decreto-Lei nº 200/67 manteve a característica minimalista do Decreto nº 15.783/1922 (Regulamento de Contabilidade Pública da União), em relação ao regime licitatório, porém disciplinava de maneira diferente

da República prestar anualmente. Não sendo estas enviadas dentro do prazo, o fato será comunicado ao Congresso Nacional, para os fins de direito, devendo o Tribunal, em qualquer caso, apresentar minucioso relatório do exercício financeiro encerrado. § 3º - A auditoria financeira e orçamentária será exercida sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes da União, que, para esse fim, deverão remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas, a quem caberá realizar as inspeções que considerar necessárias. § 4º - O julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis será baseado em levantamentos contábeis, certificados de auditoria e pronunciamentos das autoridades administrativas, sem prejuízo das inspeções referidas no parágrafo anterior. § 5º - As normas de fiscalização financeira e orçamentária estabelecidas nesta seção aplicam-se às autarquias. (...).

- 16 Art 73 - O Tribunal de Contas tem sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional. § 1º - O Tribunal exercerá, no que couber, as atribuições previstas no art. 110, e terá quadro próprio para o seu pessoal. (...) § 4º - No exercício de suas atribuições de controle da administração financeira e orçamentária, o Tribunal representará ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional sobre irregularidades e abusos por ele verificados. § 5º - O Tribunal de Contas, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das Auditorias Financeiras e Orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, deverá: a) assinar prazo razoável para que o órgão da Administração Pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; b) no caso do não atendimento, sustar a execução do ato, exceto em relação aos contratos; c) na hipótese de contrato, solicitar ao Congresso Nacional que determine a medida prevista na alínea anterior, ou outras que julgar necessárias ao resguardo dos objetivos legais. § 6º - O Congresso Nacional deliberará sobre a solicitação de que cogita a alínea c do parágrafo anterior, no prazo de trinta dias, findo o qual, sem pronunciamento do Poder Legislativo, será considerada insubsistente a impugnação. § 7º - O Presidente da República poderá ordenar a execução do ato a que se refere a alínea b do § 5º, ad referendum do Congresso Nacional. § 8º - O Tribunal de Contas julgará da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões, independentemente de sua decisão as melhorias posteriores.

a atuação do Controle Externo, seguindo os parâmetros traçados pelo Constituinte. Assim como o diploma anterior, ele não abordava apenas licitações e contratos, mas diversos outros temas, como organização da Administração Federal, orçamento público, supervisão ministerial, normas de administração financeira e de contabilidade, disposição referentes ao pessoal civil, entre outros.

No que tange ao controle, definia que os órgãos da Administração Federal deveriam prestar ao Tribunal de Contas, ou suas delegações, os informes relativos à administração dos créditos orçamentários e facilitar a realização das inspeções de controle externo dos órgãos de administração financeira, contabilidade e auditorias. Havia a organização de um sistema de controle interno e a necessária providência de abertura de tomada de contas, sem prejuízo do controle externo realizado pelo Tribunal de Contas.

Vale também pontuar que o Decreto-Lei nº 200/1967 trouxe uma relevante mudança no percurso histórico das reformas jurídicas em matéria de licitações públicas, pois, à partir dele, notadamente após a edição da Lei 5.456, de 20.6.1968¹⁷, passa a ficar clara a “intenção do legislador de unificar, em escala nacional, os procedimentos de compras governamentais”, estabelecendo um conteúdo mínimo a ser obrigatoriamente observado nas licitações e contratações públicas das demais unidades federativas, marcando uma “tendência à uniformização da disciplina jurídica das contratações públicas, trilha seguida e alargada pelas reformas jurídicas posteriores” (ROSILHO, 2013, p. 48/52).

Cerca de duas décadas após, com o Decreto-Lei nº 2.300/1986, tivemos uma legislação dedicada especificamente às licitações e contratos. A então nova legislação passou a adotar um formato “maximalista”¹⁸, esmiuçando detalhadamente procedimentos, restringindo a discricionariedade

17 Assim definia o artigo 1º da referida Lei: Art. 1º Aplicam-se aos Estados e Municípios as normas relativas às licitações para as compras, obras, serviços e alienações previstas nos arts. 125 a 144 do Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências, atendidas as modalidades contidas nesta Lei.

18 Expressão usada por André Rosilho, em sua obra. Vale a transcrição de trecho no qual ele explica a classificação: “Este ‘sentimento’ de que o direito tudo pode impactou profundamente o modelo jurídico de regulação das licitações, levando ao surgimento de uma nova era das contratações públicas. as regras jurídicas, que antes se limitavam a traçar procedimentos e requisitos essenciais das licitações, agora tornaram-se casuísticas, retirando da Administração Pública boa parte da margem de discricionariedade que tinha para decidir, caso a caso, a melhor forma de contratar. Prevaleceu, assim, um modelo legal que denominei de maximalista – em oposição ao minimalista, verificado no Decreto-Lei 200/67 -, marcado por regulação abrangente e minuciosa (ROSILHO: 2013. p. 63/64).

administrativa e prestigiando o controle burocrático. Diferentemente do que ocorrera antes, agora a Administração Pública tinha um diploma voltado precipuamente para a regulação dos processos seletivos de fornecedores e respectivos contratos firmados pelo Poder Público, com cerca de 90 artigos que disciplinavam modalidades, exceções à licitação (dispensa e inexigibilidade), regras de habilitação, rito procedimental, cláusulas necessárias nos contratos, prerrogativas extraordinárias, sanções administrativas entre outras disposições.

Em relação ao controle externo, contudo, o referido diploma normativo era sucinto, basicamente definindo, em seu artigo 79, que o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos por ele regidos seria realizado pelo Tribunal de Contas da União, além de estabelecer que os órgãos da Administração eram “responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução”.¹⁹

Segundo o §2º do referido artigo, o Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência de controle, poderia expedir instruções complementares, reguladoras dos procedimentos licitatórios e dos contratos administrativos.

Poucos anos depois, com a Lei nº 8.666/93, temos o que aparentava ser o ápice do modelo maximalista na legislação licitatória brasileira.

A turbulenta tramitação do processo de impeachment do Presidente Fernando Collor, o primeiro eleito democraticamente após o período de intervenção militar, afetou o processo legislativo. O ambiente político vivenciado pela sociedade contaminou o Congresso Nacional, notadamente pela eclosão de uma série de escândalos envolvendo o Governo, criando uma oportunidade para a aprovação de uma Nova Lei de Licitações, a qual viesse atualizar o diploma anterior, promulgado sob a égide da Constituição antecedente. Contudo, o clima de turbulência política robusteceu a grita dos que defendiam a necessidade de ampliar o controle com o fito de combater a corrupção nas contratações públicas, sem atentar para o fato de que

19 Art. 79. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por este decreto-lei será feito pelo Tribunal de Contas da União, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nesta previsto. § 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas contra irregularidades na aplicação deste decreto-lei, para fins do disposto neste artigo. § 2º 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.

um sistema disfuncionalmente burocrático, assim como pondera Hector Mairal (2018, p. 25) em relação a um sistema econômico intervencionista, pode favorecer a corrupção ao criar a possibilidade de grandes lucros para aqueles que, de fato ou de direito, podem excetuar-se do cumprimento das normas restritivas.

Por conseguinte, a aprovação de uma Nova Lei de Licitações, a qual tinha por objetivo adequar o regime licitatório ao novo panorama constitucional e administrativo, acabou produzindo um texto que repetiu as bases do Decreto-Lei nº 2.300/86, talvez ainda mais rígido em relação às regras de controle burocrático e restrição da discricionariedade.

No que tange ao controle externo, a Lei nº 8.666/93 trouxe acréscimos, em relação ao diploma pretérito. Tais avanços, sem dúvida, foram reflexos da ampliação do escopo de atuação alcançado pelo Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988.

Vale lembrar que, enquanto a Constituição de 1967 outorgava ao controle externo as funções de auditoria financeira e orçamentária, tendo o Tribunal de Contas a incumbência de verificar a ilegalidade das despesas, inclusive aquelas decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, a Constituição federal de 1988 ampliou o espectro de atuação do controle externo e, por conseguinte, dos Tribunais de Contas, outorgando-lhes também a fiscalização contábil, operacional e patrimonial, que passaram ser exercidas não apenas sobre o aspecto da legalidade, mas também da legitimidade e economicidade²⁰.

Pois bem, diante desse novo escopo constitucional, a Lei nº 8.666/93 define que o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos por ela regidos seria feito pelo Tribunal de Contas, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução.

O legislador ainda admitiu que os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno pudessem solicitar para exame, antes da data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes propostas pela Corte de Contas.

²⁰ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (...).

Curioso que o dispositivo não restringe o escopo dessas medidas corretivas a aspectos de legalidade, o que pode induzir o raciocínio de que questões afetas à discricionariedade técnica poderiam ser objeto da atuação do Tribunal, com acatamento obrigatório pelo órgão ou entidade controlada, fugindo ao escopo admitido pelo constituinte para a atuação do TCU e prejudicando, inclusive, a separação dos Poderes.

Nesse período de aplicação do regime licitatório da Lei nº 8.666/93, com a ampliação das competências dos Tribunais de Contas pela Constituição Federal de 1988, agigantou-se a influência da Corte de Contas, notadamente do Tribunal de Contas da União, no âmbito do regime jurídico licitatório e contratual, sendo indúvidosa a relevância da interpretação fixada por aquele, na condição de órgão controlador, sobre diversos temas relacionados às contratações públicas (NOBRE JÚNIOR, 2019, p. 106).

O crescente protagonismo da Corte de Contas federal provavelmente pode ser creditado a diversos fatores, entre eles: sua crescente inserção em debates públicos relevantes; a convicção institucional em ocupar lacunas ou vácuos em temas sensíveis à gestão pública; a qualificação de seus quadros técnicos, além, por óbvio, do uso do poder punitivo e seu efeito conformador em relação aos agentes públicos tomadores de decisão.

A ampliação do protagonismo do TCU foi tamanha que, além de realizar interpretação jurídica da lei federal e análise de constitucionalidade, aquele definiu, através de sua Súmula nº 222, que suas decisões relativas à aplicação de normas gerais de licitação deveriam ser “acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios”. Tal entendimento, sem dúvida, busca a prevalência autodeterminada do entendimento daquela Corte de Contas em detrimento da interpretação feita por outras instituições igualmente legitimadas pela Constituição, com posições jurídicas diferentes²¹.

Se, por um lado, o protagonismo dos Tribunais de Contas e um certo recrudescimento do controle foram fundamentais para uma maior profissionalização no âmbito da gestão pública e seu aperfeiçoamento, induzindo a necessidade de captação de bons quadros e sua devida capacitação, por outro lado, existe a preocupação de que um exacerbamento

21 Não é de se desconhecer, tal como assinala Fernando Alves Correia (CORREIA: 2019, p. 32-33), que os primeiros intérpretes da constituição são todos os órgãos públicos, mas a natureza vinculativa a resultar do processo interpretativo, típica do último intérprete, é da alçada do órgão que exerce os atributos de equivalentes aos do tribunal constitucional.

da atuação do controle, sobretudo em sua perspectiva punitiva, possa gerar disfuncionalidades, como a redução de incentivos a que bons quadros ocupem cargos que importem em maior responsabilidade, o desestímulo à tomada de decisões arrojadas e eficientes, além da indução a estratégias de fuga da responsabilização (SANTOS, 2020, p. 324/332).

Outrossim, a ampliação do protagonismo dos Tribunais de Contas e da importância de seus julgamentos, notadamente do TCU, tem induzido a evolução de um constante diálogo com a Corte de Contas, pelo Poder Executivo, e uma elevada influência do Tribunal em relação à normatização e mesmo à legislação de licitações e contratos.

Essa influência parece ter sido muito evidente na formatação do texto aprovado pelo Congresso Nacional para a Nova Lei de Licitações, o qual trouxe interessantes inovações em relação à atuação dos órgãos de controle, como será analisado nos tópicos a seguir.

3. O CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

No final de 2020, o Senado Federal aprovou o Projeto da Nova Lei de Licitações, finalizando um longo trajeto de propostas que claudicavam desde 1995 no Congresso Nacional (GARCIA; MOREIRA, 2020, p. 39-73). Ultrapassados alguns meses em que acertos redacionais foram analisados pelo Senado, o Projeto foi enviado para o Executivo que, após a análise e realização de vetos, sancionou a Lei nº 14.133/2021, no dia 1º de abril do corrente ano.

A lentidão vivenciada pelo processo legislativo demonstra a dificuldade de aprovação de uma Lei geral de licitações. O texto da Lei nº 14.133/2021 deriva, em grande parte, do diploma outrora aprovado pelo Senado, entre dezembro de 2013 e fevereiro de 2017, e enviado à Câmara dos Deputados, que aprovou um substitutivo e o devolveu ao Senado em outubro de 2019, o qual o recebeu efetivamente apenas no mês de novembro de 2020, sendo em poucos dias aprovado por aquela Casa Legislativa em virtude da confluência de diversos fatores que favoreceram uma análise célere.

O projeto aprovado pelo Senado Federal manteve a estrutura definida pela Câmara dos Deputados e, portanto, um conteúdo analítico, com quase 200 artigos, mesclando regras da Lei nº 8.666, de 1993 com regras da Lei nº 10.520, de 2002 (Lei do pregão) e da Lei nº 12.462, de

2011 (RDC), além de trechos de normatizações infralegais federais e algumas inspirações internacionais. A Lei nº 14.133/2021 possui um texto extenso, não tendo optado pela simplificação e pela mudança da estrutura procedimental já definida nas legislações anteriores, mas pela consolidação da experiência pretérita, por meio da agregação de normas já vigentes, utilizando “plataforma legal” semelhante à Lei nº 8.666/93 (NÓBREGA; TORRES, 2020), que repetia o modelo maximalista e analítico do Decreto Lei nº 2.300, de 1986 (ROSILHO, 2013, p. 29-30).

Enquanto as pessoas e as empresas realizam suas contratações rotineiras em poucos cliques, através do computador ou do smartphone, adotam “ranking” de fornecedores e analisam seus históricos de fornecimento e a avaliação de sua atuação pretérita (*signaling*), a nova Lei, em princípio, manterá o formato procedimental licitatório formalista e custoso, repleto de *steps* burocráticos, mas “incapaz de observar os incentivos reais dos agentes em determinada transação” (NÓBREGA; CAMELO, 2020). Enquanto as discussões contratuais contemporâneas se preocupam com riscos e custos transacionais, avaliando a evolução de *smart contracts*, com execução através de *blockchain*, o regime do contrato administrativo definido pela novel legislação continua impondo, via de regra, um instrumento formal assinado, com cláusulas necessárias e prerrogativas “extraordinárias”, mesmo quando se quer contratar o “ordinário” (NÓBREGA; TORRES, 2020), ignorando que essas cláusulas extraordinárias ampliam riscos e custos, reduzindo a competitividade e aumentando os preços ofertados. Tudo isso induz a manutenção de diversas disfuncionalidades do sistema de compras governamentais brasileiro, tão expostas no ano de 2020, com as contratações de enfrentamento à pandemia COVID-19 (FIUZA *et al.*, 2020).

Tal constatação leva à compreensão de que temos uma “nova lei já velha”, que regula o ambiente licitatório e contratual da Administração com os olhos voltados para os últimos 20 anos que se passaram, não para os 20 anos que trilharemos após a aprovação, caminhando “na contramão de uma simplificação do sistema de compras nacional” (JURUBEBA; NÓBREGA, 2020, p. 9-32).

Contudo, nada obstante essa crítica sobre a plataforma, compartilhada pelos que ansiavam por uma nova lei de licitações com olhares mais voltados para elementos econômicos, desprendendo-se de uma compreensão meramente dogmática e burocrata²², é necessário firmar que o novo

²² Nesse sentido, podemos citar os seguintes autores, com escritos citados no corpo deste artigo, que possuem em comum a crítica ao modelo maximalista adotado em nossa legislação licitatória tradicional, deveras formalista e despida de uma leitura econômica e consequencialista sobre as relações jurídicas que regula:

diploma representa evolução em relação à Lei nº 8.666/93. Sem dúvida, a Lei nº 14.133/2021 avança em diversos pontos, mesclando certa margem de discricionariedade na modelagem da licitação, pela característica absorvida do RDC, além de incluir regras há muito reclamadas no ambiente licitatório e contratual, adicionando alguns tons de novidade e incorporando as decisões dos tribunais (GARCIA; MOREIRA, 2020, p. 39-73), notadamente do Tribunal de Contas da União. Nessa linha, Zymler e Alves (2021) analisam com razão que a “nova lei de licitações incorporou vários institutos e procedimentos que foram manejados, inicialmente, na jurisprudência do TCU”.

Remuneração variável, contratações simultâneas, contratação integrada, contratação semi-integrada, cláusula de retomada, diálogo competitivo, inversão de fases, procedimento de manifestação de interesse, contratos de eficiência, credenciamento, painel de compras públicas, entre tantas outras, são regras dispostas na novel legislação que permitirão incremento na eficiência das contratações públicas, sobretudo se tais disposições forem interpretadas e regulamentadas sem equivocadas amarras confeccionadas com dogmas sedimentados pelas legislações anteriores.

Mas, para além disso, é evidente a influência, em fragmentos do texto legal, de setores da própria Administração Pública e, mais especificamente, dos órgãos de controle.

Tendo em vista o recorte proposto neste escrito, analisaremos com maior cuidado o regramento estabelecido para o controle, no regime jurídico da Nova Lei de Licitações.

A influência da administração controladora resta evidenciada com o destaque, na Lei nº 14.133/2021, de um capítulo específico²³ para tratar sobre o “controle das contratações”. Nas legislações anteriores, inexistia essa capitulação específica, mesmo em diplomas maximalistas que se preocupavam com essa área. Tal disciplinamento específico não pode ser dissociado do momento atual de protagonismo; sendo, na verdade, um reflexo deste, manifestado pelo legislador em alguns dispositivos de maneira reverente e em outros definindo certa resistência ao fortalecimento da ação desses órgãos no procedimento de contratação pública.

Marcos Nóbrega, Bradson Camelo, Flávio Amaral Garcia, Egon Bockmann Moreira, André Rosilho, Eduardo Fiúza, Felipe Vilaça Loureiro Santos, Virgínia Bracarense Lopes e Bernardo Abreu de Medeiros.

23 Capítulo III, do Título IV.

Segundo o artigo 169, as contratações públicas devem se submeter a práticas contínuas e permanentes da gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, sujeitando-se ao controle social e às denominadas “linhas de defesa”.

A primeira linha de defesa seria formada pelos servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade.

A segunda linha de defesa seria formada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade.

A terceira linha de defesa seria formada pelo órgão central de controle interno da Administração e tribunal de contas.

O parágrafo primeiro do artigo 169 da Lei nº 14.133/2021 define que a implementação dessas práticas será objeto de regulamentação específica, de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade, que necessariamente levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, produzindo o resultado mais vantajoso para a Administração, “com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas”.

O parágrafo terceiro ainda indica que os agentes integrantes das linhas de defesa devem observar certas premissas. Primeiramente, ao constatar simples impropriedade formal, devem adotar medidas de saneamento e mitigação dos riscos de repetição do problema. Quando as irregularidades detectadas configurarem dano à Administração, além disso, devem adotar providências necessárias para a apuração das infrações, respeitando a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas. Juliano Heinen (2020) lembra que medidas para o saneamento e a mitigação dos riscos de se repetir a ocorrência devem ser implementadas, de preferência, aperfeiçoando os controles preventivos e capacitando os agentes públicos responsáveis.

Parece evidente que essa divisão em linhas de defesas foi inspirada na metodologia adotada para gestão de riscos e controle interno. Em 2013, foi publicado o documento “*The three lines of defense in effective risk management and control*”, uma declaração de posicionamento feita pelo IIA

– Institute of internal auditors, na defesa (não a criação) dessa metodologia para a gestão de riscos.

Basicamente, o modelo de “três linhas de defesa” diferencia três grupos (ou linhas) envolvidos no gerenciamento eficaz de riscos. A primeira linha de defesa envolveria “funções que gerenciam e têm propriedade sobre riscos”; já a segunda linha de defesa envolveria “funções que supervisionam risco”, enquanto a terceira linha de defesa envolveria “funções que fornecem avaliações independentes”. O modelo apresenta uma proposta para operacionalizar um gerenciamento de riscos exitoso, definindo papéis distintos a serem desempenhados por cada “linha”, no âmbito da governança da organização (MIRANDA, 2017, p. 67).

Embora a metodologia tenha alcançado boa repercussão e aplicação, inclusive no Brasil, sua inserção no texto não parece ter sido uma boa opção legislativa.

Em primeiro, porque não parece ser matéria propícia a um disciplinamento em sede de lei, pela rigidez decorrente, muito menos uma matéria caracterizável como norma geral de licitação, apta à aplicação homogênea pelos órgãos e entidades de todas as unidades federativas, em um país continental tão cheio de disparidades como o Brasil. Imaginar que um modelo único possa ser aplicado sem maiores dificuldades na atividade de controle no âmbito federal, estadual e municipal, é um devaneio burocrata, absorvido pelo legislador.

Ademais, deve-se pontuar que, sendo uma metodologia, e não é a única, a modelagem das três linhas de defesas está constantemente posta a evoluções e a mudanças, tanto que a necessidade de seu redesenho é atualmente reclamada por especialistas. Conforme texto publicado pelo Instituto dos Auditores Internos do Brasil, “os críticos vêm afirmando que as “linhas” fixas do modelo o tornam inflexível demais para os atuais desafios dinâmicos de governança e que seu foco sobre a defesa limita sua eficácia” (CHAMBERS: 2018).

Nossa atualidade impõe a convivência com riscos complexos e avanços tecnológicos que evoluem continuamente; além disso, as peculiaridades de cada organização podem gerar novas abordagens para lidar com os riscos, tornando as “linhas” menos distintas, com sobreposições frequentes de responsabilidades. Além das preocupações com a indefinição das linhas, notou-se também que “o modelo das Três Linhas de Defesa objetiva “proteger o valor” e que não aborda realmente a importância de melhorar o valor”.

Diante desses desafios, inclusive, o *Institute of the internal auditors* (IIA) promoveu, mais recentemente, a revisão global do “modelo das três linhas de defesa” para o “modelo das três linhas”, propondo uma modelagem que não é mais puramente defensiva, mas está também envolvida em encontrar oportunidades, criar valor e ao mesmo tempo protegê-lo.

Com a *devida venia*, a verdade é que não parece apropriado ou conveniente que o legislador, notadamente ao exercer sua competência para legislar sobre normas gerais de licitação, imponha uma modelagem única de controle a todas as unidades federativas, ao invés de admitir que cada organização, diante de suas peculiaridades, decida a maneira mais adequada para a alocação de recursos humanos e a definição de suas responsabilidades no procedimento licitatório e contratual da organização.

O artigo 170, por seu turno, estabelece que os órgãos de controle devem adotar critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco, considerando as razões apresentadas pelos responsáveis e os resultados obtidos com a contratação. Essas razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis deverão ser encaminhadas aos órgãos de controle até a conclusão da fase de instrução do processo, não sendo desentranhada dos autos.

Além de mais algumas nuances de menor relevância, o referido artigo mantém a disposição, já presente na Lei nº 8.666/93, de que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao Tribunal de Contas competente contra irregularidades na aplicação da Lei nº 14.133/2021.

Já o artigo 171 estabelece algumas premissas para a atuação do controle.

A primeira é que ela deverá viabilizar a oportunidade de manifestação aos gestores sobre possíveis propostas de encaminhamento que tenham impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados, a fim de que eles disponibilizem subsídios para avaliação prévia da relação entre custo e benefício dessas possíveis proposições. Essa premissa, de forma interessante, sustenta a necessidade de um certo contraditório, como condição para possíveis propostas de encaminhamento.

Bom registrar que a oitiva prévia dos gestores sobre os fatos auditados ou questões analisadas pelos Tribunais de Contas já era uma

rotina nos processos de atuação dessas cortes. A utilidade do dispositivo parece ser a de acrescentar a necessidade de que os gestores se manifestem previamente sobre as possíveis propostas de encaminhamento. A ideia é que esta participação possa enriquecer a concretização de eventual proposta de encaminhamento, pelo órgão de controle, com subsídios (argumentos, dados, ponderações, entre outros), relacionados às perdas e ganhos decorrentes dessas proposições.

A segunda, que não traz propriamente inovação, é que devem ser adotados procedimentos objetivos e imparciais, além da elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle, de modo a evitar que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e no tratamento dos fatos levantados.

É uma prescrição óbvia, desnecessária e despicienda, já que não se pode cogitar que um Tribunal de Contas atue em sentido contrário, com procedimentos subjetivos e parciais, relatórios fundamentados não tecnicamente e afetados por interesses pessoais e interpretações tendenciosas. Independente desse dispositivo, tal disparate seria vedado pelo ordenamento jurídico.

A terceira é de que deve ser realizada a definição de objetivos, nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada, atendidos os requisitos técnicos, legais, orçamentários e financeiros, de acordo com as finalidades da contratação, devendo, ainda, ser perquirida a conformidade do preço global com os parâmetros de mercado para o objeto contratado, considerada inclusive a dimensão geográfica.

Bem, como a fixação de objetivos para os regimes de execução previstos na Lei devem ser definidos ainda na etapa preparatória ou de planejamento, causa estranheza a previsão legal de que “na fiscalização de controle” devam ser definidos tais objetivos! Talvez a intenção do texto fosse indicar a “avaliação dos objetivos” e não a sua “definição”, já que esta ocorre em momento precedente.

Provavelmente, contudo, o dispositivo mais interessante desse artigo é o seu § 1º. Ele define que o Tribunal de Contas, ao suspender cautelarmente o processo licitatório, deve se pronunciar definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão, definindo as causas da ordem de suspensão e o modo como será garantido o atendimento do

interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

O legislador definiu um prazo máximo 25 (vinte e cinco) dias úteis, prorrogável uma única vez, que se inicia com o recebimento das informações enviadas pelo órgão interessado, conforme regras definidas em seu §2^o²⁴, para que o Tribunal de Contas se pronuncie definitivamente. Contudo, a Lei não estabelece claramente quais os efeitos jurídicos decorrentes de eventual omissão do Tribunal de Contas ou de extrapolação desse prazo.

Para que a disposição de prazo não seja reduzida à inutilidade, afrontando a boa exegese (MAXIMILIANO, 2007, p. 204), extrapolado o prazo (com sua possível prorrogação), sem um pronunciamento definitivo do Tribunal, a suspensão cautelar do processo licitatório deve perder efeito jurídico. Não faria sentido o legislador definir um prazo máximo para tal pronunciamento, sem que o desrespeito a este limite produzisse qualquer efeito. Tal inteligência tornaria inútil a própria definição de prazo estabelecida pelo legislador.

Obviamente, diante da pertinência das questões suscitadas na medida cautelar de suspensão, mesmo extrapolado o prazo e superados os efeitos da medida, pode o gestor manter sustada a licitação, para contornar eventuais irregularidades ou riscos suscitados pelo órgão de controle, mesmo que em forma ainda não definitiva.

Já o artigo 172 do Projeto de Lei trazia uma disposição potencialmente polêmica, estabelecendo que “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”. O dispositivo admitia que a decisão, excepcionalmente, pudesse não acompanhar a orientação da Súmula do TCU, desde que apresentasse “motivos relevantes devidamente justificados”.

O dispositivo, se promulgado, vincularia os demais órgãos de controle, entre eles os Tribunais de Contas Estaduais, aos enunciados do Tribunal de Contas da União, o que envolve flagrante inconstitucionalidade,

24 Art. 170. (omissis). (...) § 2º Ao ser intimado da ordem de suspensão do processo licitatório, o órgão ou entidade deverá, no prazo de 10 (dez) dias úteis, admitida a prorrogação: I – informar as medidas adotadas para cumprimento da decisão; II – prestar todas as informações cabíveis; III – proceder à apuração de responsabilidade, se for o caso.

pois atenta contra a autonomia administrativa dos entes federativos. Bem sintetizaram Pedra, Oliveira e Amorim (2020):

O dispositivo legal é inconstitucional por adentrar nas competências constitucionais dos demais órgãos de controle (Tribunais de Contas Estaduais e Municipais e também Ministérios Públicos (Federal e Estaduais), estabelecendo uma hierarquia técnica onde a Constituição não autorizou.

Sob argumento de uma “pseudo” segurança jurídica o dispositivo menospreza as competências dos demais órgãos de controle, tentando dar ao TCU um *locus* hermenêutico que a CRFB não lhe atribuiu.

O Chefe do Executivo optou pelo veto ao artigo 172. Vale a transcrição das razões de veto:

Razões do veto

“A propositura estabelece que 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.

Entretanto, e em que pese o mérito da propositura, o dispositivo ao criar força vinculante às súmulas do Tribunal de Contas da União, viola o princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF), bem como viola o princípio do pacto federativo (art. 1º, CF) e a autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 18, CF).”

Realmente, seria difícil admitir que a Lei pudesse vincular, por exemplo, os Tribunais de Contas Estaduais aos enunciados do Tribunal de Contas da União, pois não há suporte para tal subordinação jurídica em nosso ordenamento constitucional. Como lembram Aguiar, Albuquerque e Medeiros (2011, p. 181), a existência de diversos tribunais de contas deve-se, precipuamente, ao regime federativo, pelo qual os entes da federação gozam de autonomia, auto-organização e autoadministração.

De qualquer forma, convém refletir que a propositura legislativa, sem dúvida, foi reflexo do protagonismo alcançado pelo TCU nas últimas duas décadas, fruto, como já dito, de diversos fatores, entre eles a qualidade de seu corpo técnico, a decisão institucional de avançar sobre novas competências, o exercício de seu poder punitivo e a conquista de visibilidade social legitimadora.

Nada obstante o correto veto ao dispositivo, quem atua na área de licitações e contratos sabe que não apenas os enunciados de súmulas do TCU, mas suas decisões, mesmo desprovidas de caráter vinculante ou normativo, são adotadas como orientação para a atuação dos gestores e demais agentes públicos, inclusive dos órgãos de controle interno e mesmo dos órgãos de assessoramento jurídico.

Muitas vezes, mesmo sendo a decisão do TCU firmada face a situação específica, para um único processo, impressiona como a premissa firmada casuisticamente para tal resolução tópica ganha ares de jurisprudência em milhares de processos, muitas vezes sem a devida reflexão, por parte de gestores, órgãos de controle interno e de assessoramento jurídico, sobre a aplicabilidade das premissas ali definidas para tantas outras situações. E frise-se, independentemente de qualquer previsão legal, essa influência se dá também em relação a órgãos de controle estaduais e municipais.

Contudo, uma coisa é o prestígio, respeito e influência conquistados pela atuação do Tribunal de Contas da União, outra é admitir uma subordinação definida pela Lei, em evidente afronta ao regime de divisão de competências estabelecido pelo constituinte.

Seria inconstitucional a tentativa de subordinar o exercício do juízo discricionário do gestor público ou mesmo as competências do órgão de controle interno e do órgão de assessoramento jurídico aos enunciados de súmulas aprovadas pelo TCU. Sem ignorar o reconhecimento alcançado pelo Tribunal, notadamente em matéria de licitações e contratos, “reivindicar a ordem significa exigir que a aplicação do direito respeite as regras fundamentais estabelecidas em nosso ordenamento” (BOBBIO, 2006, p. 230) e entre elas encontram-se as competências constitucionais e a autonomia existente entre os Poderes, já que a existência do próprio Estado de Direito pressupõe “que se respeite o princípio de separação dos poderes” (MAIRAL, 2018, p. 33).

Neste sentido, Rosilho (2019, p. 187) ressalta o equívoco de hierarquizar juízos de valor emitidos dentro da legalidade por órgãos distintos e não subordinados; ponderando ainda a impertinência de sustentar que, diante de divergência de opinião entre o TCU e o gestor público, deveria prevalecer o ponto de vista do controle externo, e não daquele cuja missão (conferida pelo Direito) é justamente a de realizar atividades administrativas e decidir a melhor maneira de concretamente alocar recursos públicos”, desde que dentro da legalidade.

E continua o autor:

Note-se que quando o TCU decide fiscalizar o mérito de despesas e a qualidade de gastos públicos ele pode e deve se manifestar, mas pelos veículos próprios, inseridos no âmbito de sua jurisdição indireta – publicando e divulgando relatórios, orientando a Administração Pública a aprimorar suas práticas e métodos, dialogando com gestores e, se for o caso, representando às autoridades competentes; nessa seara não é competente para obrigar a Administração e seus gestores a incorporar suas preferências a práticas administrativas, sob pena de deixar de ser órgão de controle externo (função que lhe foi expressamente atribuída pelo texto constitucional), passando a ser uma espécie de revisor geral de Executivo (função que, propositadamente, não lhe foi conferida pela constituição) (ROSILHO, 2019, p. 187).

Por fim, o artigo 173 estatui que os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução da lei de licitações e contratos, “incluídos cursos presenciais e à distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas”.

Na prática, há muitos anos, as escolas de contas já atuam nesse sentido, embora de forma insuficiente a atender toda a demanda existente. Parece mais um dispositivo legal desnecessário, que não pode ser interpretado como um comando legal de exclusividade às escolas de contas, para a promoção de eventos e cursos de capacitação. Em primeiro, porque seria uma inconstitucional afronta à livre iniciativa; em segundo, porque as escolas de contas não possuem condições de atender integralmente às variadas necessidades de capacitação nessa área.

4. CONCLUSÃO

A Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA), vem se caracterizando como um diploma normativo deveras analítico que, repetindo parcialmente a plataforma da Lei nº 8.666/93, agregou disposições do RDC (Lei nº 12.462/2011), da Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002), da Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), além de outros diplomas, normativos infralegais e, sobretudo, manifestações jurisprudenciais do Tribunal de Contas da União.

Da leitura do texto legal é evidente a influência dos órgãos de controle no texto aprovado pelo legislador, ao consolidar diversos entendimentos

deduzidos da Jurisprudência do TCU e também ao dedicar capítulo próprio às atividades de controle.

Mesmo com o veto do Chefe do Executivo, ao artigo 172, que previa certa vinculação dos demais órgãos de controle aos enunciados de súmulas aprovadas pelo TCU, o texto legal possui marca indelével do conteúdo das decisões daquele Tribunal e mantém respeitoso posicionamento ao controle, como um protagonista no ambiente licitatório e contratual.

Como analisado no artigo, esta posição de destaque é fruto de uma evolução legislativa que vem acompanhando o avanço das competências definidas pelos constituintes para o controle externo. Cada vez mais o controle, notadamente representado pelo Tribunal de Contas da União, busca uma atuação que se expande para além da mera análise de legalidade dos gastos feitos pelos responsáveis por recursos públicos.

De qualquer forma, as disposições descritas pelo Capítulo III, do Título IV não encerram a influência dos órgãos de controle nas disposições legais. Os entendimentos consolidados por tribunais de contas e controladorias foi deveras refletido nas disposições definidas pelo legislador, que manteve uma legislação analítica e preocupada com formalidades e instrumentos para evitar desvios e corrupção. Outrossim, as orientações exaradas por Tribunais de Contas e por controladorias, certamente, influenciarão e muito os limites de utilização da novel legislação.

Se essa atuação proeminente dos órgãos de controle é fundamental para mitigar riscos de desvios e induzir um maior profissionalismo na gestão pública, por outro, pode gerar disfuncionalidades quando, pelo risco de punição ao “erro”, tolhe experimentalismos e amplia o risco às inovações, sobretudo por gestores honestos e arrojados, desestimulando-os a ocupar cargos sensíveis, o que pode produzir uma seleção adversa no recrutamento dos agentes públicos para o exercício dessas funções.

Encontrar o equilíbrio é um dos grandes desafios dos órgãos de controle qualificados e maduros, que conseguem compreender esse problema.

Não tivemos a perspectiva de esgotar, no presente artigo, a solução para este desafio, mas sim trazer dados históricos e elementos jurídicos relevantes para a compreensão do tratamento dado ao controle pela Lei

nº 14.133/2021, em um cenário no qual os custos de correntes do controle eminentemente burocrático começam a ser postos em xeque.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Márcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. *A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 181.

AS TRÊS LINHAS DE DEFESA SÃO ATUALIZADAS E A GESTÃO DE RISCO GANHA PROTAGONISMO. Disponível em: <https://vicenzisantiago.com/gestao-de-risco-e-o-modelo-de-tres-linhas-de-defesa/>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. *Constituição Federal de 1891*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 22 fev. 2021.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 22 fev. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1986*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 fev. 2021.

_____. *Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 25 fev. 2021.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito* (trad.). Ícone, 2006. p. 230.

BUZUID, Alfredo. *O Tribunal de Contas do Brasil. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 62(2), 37-62. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66514/69124>. Acesso em: 22 fev. 2021. p. 37-62.

CHAMBERS, Richard. *O The IIA Redesenhará as Linhas de Defesa?* Disponível em: <https://iibrasil.org.br/noticia/o-the-ii-redesenhara-as-linhas-de-defesa>. Acesso em 24/02/2021.

CORREIA, Fernando Alves. *Justiça constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2019

FIUZA, Eduardo; SANTOS, Felipe Vilaça Loureiro; LOPES, Virgínia Bracarense; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *Compras públicas centralizadas em situações de emergência e calamidade pública*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36397. Acesso em: 20 dez. 2020.

GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA, Egon Bockmann. *A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente*. R. de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020. Publicação original na Revista de Contratos Públicos do CEDIPRE (Universidade de Coimbra).

HEINEN, Juliano. *Controle das licitações e contratos públicos – linhas de defesa e atores*. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/14/control-das-licitacoes-e-contratos-publicos-linhas-de-defesa-e-atores/>. Acesso em: 19 abr. 2021.

JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. NÓBREGA, Marcos. *Assimetrias de informação na nova Lei de licitação e o problema da seleção adversa*. R. bras. de Dir. Público – RBDP | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.

MAIRAL, Héctor A. *As raízes legais da corrupção: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la*. São Paulo: editora contracorrente, 2018. p. 25 e 33.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 204.

MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de A. *Implementando a gestão de riscos no setor público*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 67.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *As normas de Direito Público na Lei de Introdução do Direito Brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p. 34 e 106.

_____ Há uma discricionariedade técnica. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, v. 26. N. 28, p. 107-148, 2016. Disponível em: www.periodicos.ufba.br. Acesso em: 24 dez. 2020.

NÓBREGA, Marcos. CAMELO, Bradson. *O que o prêmio Nobel de Economia de 2020 tem a ensinar a Hely Lopes Meirelles? O modelo de licitações que temos no Brasil é eficiente?*. Disponível [www: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/premio-nobel-economia-2020-ensinar-hely-lopes-meirelles-15102020](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/premio-nobel-economia-2020-ensinar-hely-lopes-meirelles-15102020). Acesso em: 24 dez. 2020.

NOBREGA, Marcos. TORRES, Ronny Charles L. de. *A nova lei de licitações, credenciamento e e-marketplace o turning point da inovação nas compras públicas*. 2020. Disponível em <https://www.licitante.com.br/e-marketplace-turning-point-inovacao-compras-publicas>. Acesso em: 24 dez. 2020.

PEDRA, Anderson; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de; AMORIM, Victor. *O projeto da nova Lei de licitações e a espada de Dâmocles: sanção versus veto e uma tentativa de contribuição ao PL nº 4.253/2020*. Disponível em: encurtador.com.br/dewF7. Acesso em: 09 mar. 2021.

PESSOA, João Gustavo de Paiva; SILVA, José Alexandre Fonseca da. *Sistemas de controle externo - abordagem sobre o sistemas anglo-saxão e latino-americano*. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/243>. Acesso em: 27 fev. 2021.

ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editora, 2013. p. 29, 20, 31, 36, 48-62.

ROSILHO, André. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: *Competência, Jurisdição e Instrumentos de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 58/61, 187 e 188.

SANTOS, Rodrigues Valgas. *Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thompson Reuters, 2020. p. 324/332.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites*. In SUNDFELD,

Carlos Ari; ROSILHO, André. Tribunal de Contas da União no direito e na realidade. São Paulo: Almedina, 2020. p. 19-58.

THE IIA'S THREE LINES MODEL – 2020. Disponível em: <https://na.theiia.org/about-ia/PublicDocuments/Three-Lines-Model-Updated.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

TRISTÃO, Conrado. *Tribunais de Contas e controle operacional da Administração*. In SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Tribunal de Contas da União no direito e na realidade. São Paulo: Almedina, 2020. p. 99-112.

ZYMLER, Benjamin; ALVES, Francisco Sérgio Maia. *A nova Lei de Licitações como sedimentação da jurisprudência do TCU*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opinioao-lei-licitacoes-jurisprudencia-tcu>. Acesso em: 19 abr. 2021.