ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R-e-RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 8 – dezembro 2006 / janeiro/fevereiro 2007 – Salvador – Bahia – Brasil

AS LEIS DE LICITAÇÃO E DE RESPONSABILIDADE FISCAL EM SEUS ASPECTOS DE TRANSPARÊNCIA, CONTROLE E FISCALIZAÇÃO*

Prof. Carlos Pinto Coelho Motta
Doutor em Direito do Estado pela USP. Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo na FGV-SP. Advogado e Consultor em Curitiba.

4a. versão

SUMÁRIO: 1. Prólogo. 2. Perspectivas legislativas que afetam a estrutura da contratação e as áreas de controle. 3. Orçamentação, desorçamentação, desestatização e controle. 4. A Lei de Responsabilidade Fiscal e a transparência na gestão pública. 5. Medidas da LRF relativas à transição de governos municipais. 6. A Lei Nacional de Licitações e a fiscalização. 7. Considerações finais: recomendações ao ordenador de despesa.

1. PRÓLOGO

O regime republicano, em seus princípios, assegura a todos a igualdade de oportunidades e o direito subjetivo público a um governo honesto e eficaz, permitindo, pelos inúmeros mecanismos de participação, o controle democrático do exercício do poder. A esse controle se submetem todos os gestores de bens e valores públicos.

Os controles internos e externos, atividades obrigatórias aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, têm por ordem constitucional a missão estendida de avaliar os resultados relativos à legitimidade e economicidade da gestão orçamentária, financeira e patrimonial, nos órgãos e entidades da Administração, além de avaliar o cumprimento das metas das leis orçamentárias. Vejam-se os arts. 5º, I e II; 37, e 70 a 74 da Constituição

* Textos sucessivamente atualizados de conferências proferidas no programa "Diálogo Público - o Tribunal de Contas da União em conversa com o cidadão."

Federal.1

É, pois, com base na Carta Magna que a atuação do Tribunal de Contas da União alcança seu pleno exercício no diálogo com a sociedade, realizando, nas capitais dos Estados, eventos que permitam aos cidadãos entrar em contato direto com a missão histórica e a dimensão ética dessa instituição centenária, surgida do gênio do insigne Rui Barbosa.

Vemos esse esforço dialógico do TCU como uma demontração do amplo alcance de sua competência legislativa, evidenciando, didaticamente, os dois lados essenciais de toda aprendizagem administrativa: (a) o fator *institucional-legal* (a mudança legislativa propriamente dita) e (b) o fator *comportamental*. Este último é definido por Michel Crozier como a maneira como os funcionários e cidadãos *viverão* as propostas de mudança provenientes do campo legislativo.2

Em nossa interpretação, o comportamento administrativo é um processo de aceitabilidade dos valores implícitos na lei; abrange as variáveis de adesão por parte dos indivíduos e das diversas culturas organizacionais; implica na revisão de procedimentos administrativos e na eficácia destes; exige, notadamente, abandono de hábitos consolidados, adoção de novas rotinas e, em muitos casos, simplificação; requer, fundamentalmente, o desenvolvimento de *pessoas e idéias* compatíveis com a realidade que se quer implantar.

Por isso as reformas administrativas contemporâneas não se podem basear apenas em textos legais ou reorganizações estruturais. Devem catalizar e induzir o *comportamento administrativo* correspondente ao impulso social de mudança.3

Fred Riggs, um acurado analista das sociedades transicionais ou "em desenvolvimento", salienta uma das principais características dessas sociedades: o *formalismo*, que consiste precisamento no fosso entre o que é prescrito através de lei, norma ou regulamento, e o que realmente é cumprido.4 Diminuir o grau de formalismo implica, em princípio, *resguardar a lei*. E enfatizar o comportamento não significa desprezar ou descumprir a lei. Significa adotar textos normativos essenciais, em menor número e com maior efetividade. Significa utilizar meios interacionais e educativos, estimulando prioritariamente o desenvolvimento de agentes e servidores, e privilegiando uma melhor compreensão das normas e medidas gerais, bem como sua adequação à realidade de cada organismo público.

A distância entre a lei e a realidade tende a se reduzir na medida em que

---

[1] Bem como, doutrinariamente, FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas – Jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

[2] CROZIER, Michel. *État modeste, état moderne: stratégies pour un autre changement.* Paris, Arthème Fayard, 3a. ed., 1997, notadamente p. 86.

[3] Idem ibidem, *op. cit*., notadamente p. 89-112.

[4] Para uma análise das características de formalismo, superposição e heterogeneidade nas sociedades "prismáticas", vide RIGGS, Fred. *Administração nos países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: FGV, 1968; e *A ecologia da Administração Pública*. Rio de Janeiro: FGV, 1964.

a Corte de Contas se aproxima da sociedade, procurando ouvi-la, como presenciamos nesta série de eventos.

Nos dias correntes, a doutrina do direito administrativo contemporâneo rende o devido louvor à essencialidade das decisões das egrégias Cortes de Contas. Muitos autores, com pena de ouro, fizeram justiça à ampla dimensão do acervo contributivo dos TC's e à solidez de seus subsídios ao Poder Judiciário e às mais decisivas questões de Estado.5 A exemplo, o Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto focalizou, com propriedade, os avanços e as verdadeiras "mutações" que se têm processado nos órgãos de controle externo, afirmando:

> *"Em suma... os órgãos de contas alcançaram indubitavelmente sua maturidade e máxima prestância deixando de ser apenas órgãos de Estado para serem órgãos da sociedade no Estado, pois a ela servem não apenas indiretamente, no exercício de suas funções de controle externo, em auxílio da totalidade dos entes e dos órgãos conformadores do aparelho do Estado, como diretamente à sociedade, por sua acrescida e nobre função de canal de controle social, o que os situa como órgãos de vanguarda dos Estados policráticos e democráticos que adentram o século XXI."6*

À luz destas considerações, gostaríamos de tecer breve comentário sobre o oportuno pronunciamento do Ministro Valmir Campelo, na abertura do evento do Rio. O emérito Presidente da Corte de Contas da União constata e reconhece a importância da Lei Complementar nº 101, de 2000 – a Lei de Responsabilidade Fiscal – na história legislativa do nosso País, "visto que um controle de gastos tão rigoroso não tinha precedentes na cultura da Administração Pública brasileira", e que "os benefícios para o saneamento das finanças públicas e a estabilidade econômica soam inquestionáveis." Entretanto, seria preciso mais: "para evitar despesas ineficazes, caberia a uma norma instituir, de antemão, parâmetros objetivos para avaliação do gasto." 7

O eminente Ministro demanda, pois, no cenário legislativo brasileiro, um diploma que ele designa como "Lei de Responsabilidade Social", cujo papel seria "estabelecer critérios qualitativos e quantitativos, com controle do mérito dos gastos e da efetividade dos programas e projetos governamentais."8 E explicita:

> *"O administrador teria um balizamento claro das metas a atingir, reduzindo o desperdício e a malversação que são possíveis quando não existe definição precisa dos fins.*

---

[5] Essa afirmativa é fortalecida pela monografia do eminente Ministro Benjamin Zymler: A visão dos Tribunais de Contas sobre os contratos administrativos. *FCGP*, ano 3, n. 30, jun. 2004, p. 3863-3878.

[6] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUSA, Alfredo José de, et al.. *O novo Tribunal de Contas – Órgão protetor dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 85-86.

[7] CAMPELO, Valmir. Diálogo público: fiscalização e controle social da gestão pública no Estado do Rio de Janeiro. Discurso proferido na abertura do Seminário, 5/8/04, *mimeo*, p. 2. (O referido texto foi-nos encaminhado, a nosso pedido, pela coordenação do evento).

[8] *Mimeo cit*., p. 2.

> *Os órgãos de controle, por seu turno, disporiam do referencial necessário para avaliar os resultados dos programas de governo e o atendimento efetivo às necessidades da população. Com a prévia definição de padrões de desempenho e a certeza de que o seu atingimento será avaliado, a aplicação dos recursos tenderia a ser otimizada, neutralizando a escassez de meios." (grifos originais)9*

Os Tribunais de Contas estaduais e municipais partilham essa concepção de responsabilidade social, bastando lembrar significativo trecho da judiciosa monografia do Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul:

> *"A expressão 'responsabilidade social" significa a tomada de consciência cidadã que começa a exigir de todos e de cada um, individual e coletivamente, a erradicação da fome, da exclusão social e da falta de condições dignas de sobrevivência de grande parte da população brasileira, além do uso racional do meio ambiente, demonstrando que não se pode admitir o gerenciamento dos recursos públicos sem sua presença, na busca do desenvolvimento na busca do 'Desenvolvimento'."10*

Objetivamente, a ampliação das competências e atribuições dos Tribunais de Contas é uma providência mais que necessária, em razão da complexificação e crescimento da própria Administração Pública. As Leis de Diretrizes Orçamentárias da União vinham consistentemente seguindo essa linha.11 A Lei 10.707/03 oferecia vários exemplos: no estímulo à ação fiscalizadora da Corte de Contas na disponibilização de dados de contratos e convênios ao SIASG (art. 18, § 5º); na classificação dos resultados do governo (art. 20, § 1º); na auditoria nas obras públicas (art. 96).

O fato estranhável é que a recente LDO da União, para o exercício de 2005 (Lei 10.934, de 11/8/04, publicada em 12/8/04) não seguiu, em alguns pontos, a redação dos artigos da anterior Lei 10.707/03, restringindo e até mesmo excluindo importantes facetas da competência da Corte de Contas. Basta comparar:

(a) o art. 18, § 5º da LDO/03, que determinou ao TC acompanhar o SIASG, tem correspondência no art. 19, § 5º da LDO/04 (Lei 10.934/04), dispositivo que foi vetado;

(b) o art. 20, § 1º , da LDO/03, que trata da classificação dos resultados de governo, foi excluído no seu artigo correspondente, o art. 21, na LDO/04. E basta consultar os anais do TCU para verificar e reconhecer o quanto tem sido importante o exame de programas.

---

[9] *Mimeo cit*., p. 2.
[10] FACCIONI, Victor J. Os Tribunais de Contas e a responsabilidade social, por meio de auditoria ambiental, auditoria operacional e auditoria social. *Fórum Administrativo*, ano 4, n. 41, jul. 2004, p. 4082.
[11] Vide Comunicação do Presidente do TCU, Min. Valmir Campelo, Ata n. 25, de 2/7/03, quando informou ao Plenário as novas atribuições dadas pela Lei 10.707/03. Vide ainda: *O controle externo e a nova Administração Pública – uma visão comparativa*. TCU, Brasília/DF, 2002; e *Relatório de atividades do TCU*. 2º trimestre 2003. Brasília/DF.

Essa circunstância vem fortalecer mais ainda a concepção inovadora de uma Lei de Responsabilidade Social, transitiva direta, que asseguraria o direito subjetivo público à continuidade administrativa de programas avaliados como de interesse social, efetivamente inseridos na realidade do País.

2. PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS QUE AFETAM A ESTRUTURA DA CONTRATAÇÃO E AS ÁREAS DE CONTROLE

O momento em que se realiza este evento é ainda importante em razão das mudanças legislativas em curso, que virão impactar a atuação dos órgãos de controle em todo o decorrer dos processos licitatórios, induzindo as entidades representativas da área, como a ATRICON e as Presidências dos TCs, a uma permanente vigília. Destacaríamos, pois, as seguintes e relevantes propostas de renovação legislativa:

- o Projeto de Lei nº 146/2003, que propõe a alteração e substituição da Lei Nacional de Licitações, em tramitação na Câmara Federal. Ensejou recentemente a expedição de convites às autoridades para se manifestarem na Comissão Especial, já congressualmente constituída;

- o Anteprojeto de Lei que institui as diretrizes para os serviços públicos de saneamento básico e a Política Nacional de Saneamento Ambiental (PNSA), contendo propostas de profundas alterações nas leis de licitação e concessão. Foi divulgado, em consulta, no *DOU* de 23/7/04;

- O Projeto de Lei nº 2.546-B, de 2003, que trata da adoção do regime de Parcerias Público-Privadas, hipoteticamente destinado a impactar toda a área pública de contratos de grande vulto e longa duração.

Estas são, sinteticamente, as propostas recentemente veiculadas que prometem maior repercussão na estrutura das contratações públicas. Remetem, cada uma delas, a problemas e mesmo obstáculos operacionais, percebidos em setores específicos da estrutura da contratação na Administração Pública, aos quais pretendem dar adequadas soluções e respostas.

O Projeto relativo às PPPs, notadamente, constitui um grande desafio para as áreas de controle, porquanto envolverá contratações de grande repercussão política e enorme valor financeiro, voltadas para investimentos decisivos em infraestrutura. O assunto, que será comentado oportunamente, é objeto da advertência do analista português Figueiredo Pombeiro, com base na experiência de seu país na área de parcerias:

"O tema é de grande sensibilidade política, mexe com cifras enormes e interesses estabelecidos. Está sujeito a desvirtuações e envolve sempre subjetivismo na avaliação. Só o tempo e a experiência ditarão o lado da

razão."12

Já tomando como ilustração a área de saneamento, objeto de uma das propostas acima mencionadas, caberia um bom exemplo de subjetivismo no contexto legal existente. Na fase preparatória de uma licitação, cumpre definir: a cobrança, pelo serviço de coleta de resíduos sólidos (lixo) seria de *tarifa* ou *taxa*? A prática, nessa área, tem sido até mesmo a remuneração direta pela Administração, classificando tal atividade na categoria de "serviço contínuo."

Ora, segundo a formatação prevista na legislação vigente, o prestador de serviços contínuos é remunerado pelo Poder Público por dotação orçamentária gerada a partir da respectiva taxa cobrada pela utilização efetiva ou potencial do serviço. O prazo do respectivo contrato é regulado pelo art. 57, e seus parágrafos, da Lei 8.666/93, sendo limitado a, no máximo, sessenta meses, prorrogável excepcionalmente por mais doze meses.

Já a concessão, regulamentada pela Lei 8.987/95, pressupõe remuneração do concessionário diretamente pelo usuário, através de tarifa devida pela utilização efetiva do serviço. Ainda, nesse tipo de contratação, o Projeto Básico deve conter detalhamento das projeções técnico-financeiras do sistema delegado, estrutura tarifária, incluindo custo, receita, investimento e sua respectiva amortização – que, regra geral, impõe prazo mais dilatado que aquele proporcionado pelos contratos de serviços contínuos.

No entanto, instaurou-se recentemente amplo embate entre tributaristas e administrativistas, versando sobre a legalidade (ou não) de cobrança de tarifa na prestação de serviços públicos específicos de limpeza urbana, com caráter compulsório, que, por sua natureza, apenas poderiam ser remunerados através do gênero tributo, do qual a taxa é espécie.

Ainda, a também recente experiência dos Municípios que vêm implantando uma transição na forma de prestação de tais serviços – de contínuo, para delegação, mediante concessão – tem: a) demonstrado efetiva dificuldade em se medir o serviço, para fins de tarifação; b) demonstrado dificuldade em se garantir o pagamento pelo usuário, já que sua utilização não é contratual, mas compulsória, em se tratando de saúde pública; c) exposto o inevitável impacto social negativo, e, consequentemente, a efetiva inviabilidade do aumento súbito do valor devido pelo usuário do serviço (antes taxado, ora pretensamente tarifado).

Tais dificuldades se devem em parte ao custo dos serviços e ao cálculo do valor da tarifa, para o qual se devem considerar os investimentos de grande monta a serem assumidos pelo concessionário na implantação e remediação de aterro sanitário, cuja amortização demanda prazo contratual dilatado, conforme autorizado em se tratando de concessão.

Comentando esta questão, ou seja, a definição entre taxa e tarifa para

[12] POMBEIRO, António A. Figueiredo B. *As PPP/PFI – Parcerias Público-Privadas e a sua auditoria*. Lisboa: Área Editora, 2003, p. 77.

cobertura da prestação do serviço de uso obrigatório, o Prof. Hugo de Brito Machado afirma:

"Existem, é certo, inúmeras dificuldades na definição de um valor da taxa destinada ao custeio do serviço de coleta domiciliar de lixo, que seja justo, vale dizer, que propicie a divisão do custo total dos serviços de forma justa entre os usuários. [...]

Seja como for, a divisão do ônus do custo do serviço é possível. É certo que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivos de lei municipal relativos a taxa para o custeio de serviços de limpeza pública, conceito no qual se inclui o serviço de varrição e remoção do lixo das ruas e logradouros públicos, que na verdade é indivisível. Entretanto, o Município do Rio de Janeiro e o Município de são Carlos (em São Paulo) tiveram reconhecida a constitucionalidade de leis instituidoras de taxa para o custeio de serviços de coleta, remoção, tratamento e disposição final do lixo domiciliar, que colocam como elemento básico para a definição do valor da taxa em questão a área do imóvel.

Tem-se hoje como ponto pacífico, portanto, que a área do imóvel pode ser considerada na determinação do valor da taxa de coleta de lixo domiciliar. Assim, um dos critérios válidos para determinação do valor dessa taxa pode ser o custo total do serviço, que se pode determinar pela remuneração paga pelo Município à empresa executora, dividido pelo número de contribuintes cadastrados no Município, considerada a área do imóvel de cada um."13

Confirmando a complexidade do tema, manifesta-se o STF:

"Constitucional. Tributário. Taxa de coleta de lixo e limpeza pública. Cobrança. Inconstitucionalidade.

I - Não é legítima a cobrança de taxa quando vinculada não apenas à coleta de lixo domiciliar, mas também à limpeza de logradouros públicos, em benefício da população em geral, sem possibilidade de individualização dos respectivos usuários. Precedentes."14

3. Orçamentação, desorçamentação, desestatização e controle

Voltemos ainda, por um momento, ao emergente tema das Parcerias Público-Privadas e ao Projeto de Lei nº 2.546-B, de 2003, que se encontra em fase final de discussão no Senado Federal e institui normas gerais para licitação e contratação de tais parcerias no âmbito da Administração Pública brasileira.

Como sabemos, no contexto da contratação de despesas acobertadas

[13] MACHADO, Hugo de Brito. Custeio de serviço público de uso compulsório. *BDA* n. 7, jul. 2004, p. 766-777.
[14] Ag. Reg. no Agravo de Instrumento n. 489.083-3, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 6/8/04.

basicamente pela Lei 8.666/93 (obras, serviços, compras, locações, publicidade), o valor estimado do contrato fundamenta-se em escopo delineado pela Administração, em que a oferta é limitada por diretrizes prefixadas no edital e no teor da avença. Além disso, o sistema jurídico vigente (arts. 5º e 40, XIV da Lei Nacional de Licitação) assegura ao contratado o direito público subjetivo de, após a liquidação da despesa, receber o pagamento em dia e na ordem cronológica de sua exigibilidade. (Art. 37, XXI da Constituição Federal; arts. 5º, 7º, 14 e 40 da Lei 8.666/93; art. 63 da Lei 4.320/64; arts. 1º ao 10, 15 ao 21, 42 e 45 da LC 101/00).

A essa atividade – realização de despesa, mediante empenho – denomina-se *orçamentação*. A Administração responde diretamente por tudo, exceto quanto à execução, que fica a cargo do contratado (arts. 66 ao 76 da Lei 8.666/93).

Com absoluta propriedade, o Prof. Antonio Pombeiro, eminente especialista do Direito português, estende-se sobre o conceito de "*procurement público*", ou seja, a procura e obtenção de bens e utilidades para a Administração, que o autor define da seguinte maneira:

"*Procurement* é o processo global (incluindo os aspectos logísticos) de aquisição a terceiros de bens e/ou serviços e/ou o processo global de concepção e/ou de projecto e/ou de planeamento e/ou de construção e/ou da produção e/ou da distribuição dos mesmos. Este processo desenvolve-se desde a concepção inicial da necessidade a prover até o termo da vida útil do activo ou do contrato de provimento do serviço."15

O autor nos fala, em seguida, dos dois modelos existentes de *procurement* público.

Em uma primeira opção, mais tradicional, a Administração envolve-se diretamente na "concepção, desenho, aprovisionamento, produção, distribuição, aquisição, posse, propriedade, manutenção e atualização" de todos os ativos destinados à satisfação das necessidades públicas. Segundo esse *procurement* tradicional, a própria Administração é quem traça as especificações do objeto contratual, respondendo, em última análise, pela eficiência e pela efetividade dos resultados finais. Geralmente tais especificações incidem, não apenas sobre o objeto em si, mas sobre o "como" as utilidades deverão ser produzidas, construídas ou fornecidas, nas técnicas a utilizar e nos materiais que deverão ser aplicados (caderno de encargos, programas de trabalho etc.).16

Para fazer face a esta opção tradicional, a Administração deverá ser detentora, efetivamente, do total dos ativos orçamentários e financeiros destinados a suportar o ônus das avenças, o que traz inevitável sobrecarga ao sistema de *orçamentação*.

---

[15] POMBEIRO, António A. Figueiredo B. *As PPP..., cit.*, p. 42-43.
[16] *Op. cit.*, p. 43-45.

Entretanto, há margem para mudança, e se os caminhos da orçamentação estrita permanecem obscuros, parecem descortinar-se novas formas de colaboração do setor privado, capazer de atender interesses mútuos e fins coincidentes, com o benefício global do administrado-cidadão.

Em uma segunda alternativa, temos o sistema de *procurement* consubstanciado nas modernas Parcerias Público-Privadas, que se apóia, essencialmente, na *desorçamentação*. Essa concepção envolve a provisão de serviços ao setor público pelo setor privado, em nível de empreendimentos globais, "com parâmetros de eficiência, qualidade, disponibilidade e níveis de serviço e utilização previamente definidos e balizados e com remunerações variáveis em função do grau de realização desses parâmetros."17 É concedida, regra geral, máxima autonomia ao parceiro privado; é total sua co-responsabilização e a partilha de riscos, no que constitui, sem dúvida, um expediente de *desorçamentação*.18

Como se observa, a PPP é apenas uma forma, entre várias outras, de se prover equipamentos e serviços de infraestrutura. Pode considerar-se mais do que uma simples concessão, embora não constitua, a rigor, privatização. Resume-se, outrossim, em uma nova categoria de contratos públicos, nos quais se almejam maiores obrigações para o operador privado, maior controle dos serviços e maior segurança jurídica.19

Não só o Tribunal de Contas da União, como as Cortes estaduais e municipais devem certamente preparar-se para esta nova alavancagem do setor público. O momento atual é de relevantes decisões, porquanto, mesmo não tendo sido ainda sancionada a lei federal de PPP (ora em tramitação), os Estados de Minas Gerais e São Paulo já adotaram a tese mediante leis estaduais.20 Seguir-se-ão, provavelmente, vultosos negócios e contratos públicos, que – mormente em suas fases de implantação, onde as dúvidas se multiplicam – deverão submeter-se ao exame acurado dos sistemas de controle, demandando percucientes métodos de exame, aplicação e interpretação da letra legal.

Em uma terceira hipótese mas radical, além das duas mencionadas (orçamentação / desorçamentação) focalize-se ainda a alternativa da *desestatização*, que o país já aplica em larga escala. O Prof. Marcos Juruena Villela Souto explicita o conceito:

"É a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência (princípio da

---

[17] *Op. cit.*, p. 45.
[18] *Op. cit.*, p. 76.
[19] Vide ALVES, Rubens Teixeira. *Uma visão geral dos programas de parceria pública*. PPP Advisory Services, 2003, p. 4.
[20] Minas Gerais: Lei 14.868, de 16/12/03, que dispõe sobre o Programa Estadual de Parceria Público-Privada, e Lei 14.869, de mesma data, que dispõe sobre a criação do Fundo de Parceria Público-Privada, instalando-se o Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas pelo Decreto n. 43.702, de 16/12/2003. São Paulo: Lei 11.688 de 14/5/04.

economicidade); é o gênero do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas."21

E a Instrução Normativa nº 27 do TCU, de 2/12/98, em seu art. 1º, § 1º, I, assim define:

"I – desestatização: a transferência para a iniciativa privada, de participações societárias e da execução dos serviços públicos explorados pela União por intermédio das entidades da Administração Pública Federal;"

Agrega-se, ainda, particularmente ressaltado pelo Prof. Villela Souto, o aspecto decisivo do *fomento*, "consequência natural do planejamento econômico dentro de um regime que privilegia a livre iniciativa." Através do fomento, o Estado atual busca proporcionar aos indivíduos "os instrumentos do desenvolvimento econômico e do progresso sociocultural, adotando medidas capazes de incentivar a iniciativa privada de interesse coletivo nesses campos."22

As configurações focalizadas – orçamentação, desorçamentação, desestatização, fomento – fazem parte integrante do planejamento público, que deve definir a dimensão necessária de cada uma delas em função dos interesses da sociedade. E devem ser, permanentemente, discutidas, estudadas e aprofundadas as atribuições dos sistemas de controle nessas áreas. Logicamente, para cada uma delas, a função de controle se reveste de características e graus de aprofundamento bem diferenciados, consoante objetivos também diversos. Notícias em periódicos têm dado conta das inúmeras discussões travadas em nível político.23

Eis porque retornamos à necessidade de uma legislação que reconduza, especificamente, o foco do controle para os parâmetros da *responsabilidade social*.

É a mesma inspiração básica que exige a consolidação, em nosso País, de um Código de Contratação da Administração Pública, corrigindo, inovando e adequando a multiplicidade de normas e tendências existentes às novas realidades e aos tempos de escassez de recursos públicos (como, aliás, estabelece a Lei Complementar n. 95, de 26/12/98).24

4. A Lei de Responsabilidade Fiscal e a transparência na gestão pública

[21] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 147.
[22] *Op. cit.*, p. 39.
[23] Em exemplos recentes: o *Estado de São Paulo* (20/10/04, p. A-10) noticia sugestão do Secretário do Tesouro Nacional, em proposta apresentada no Senado Federal, de que o próprio Senado viesse a examinar os empreendimentos das diversas esferas de governo em parcerias público-privadas. Entretanto, o Ministro do Planejamento, conforme noticia o *Diário do Nordeste* em 21/10/04 (Fortaleza/Ceará) teria rechaçado essa proposta da STN.
[24] Vide, nosso: Workshop sobre mudanças no regime jurídico das licitações. *BLC* n. 2, fev. 2004, p. 102 e *FCGP*, ano 2, n. 17, mai.2003, p. 2074.

O conteúdo dos artigos vetoriais da Lei Complementar 101/00, em breve síntese, é o seguinte:

- Conceito – art. 1º;
- abrangência e planejamento orçamentário – arts. 2º a 10;
- receita – arts. 11 a 14;
- geração de despesa – arts. 15 e 16;
- despesas de caráter continuado – art. 17;
- despesas de pessoal – arts. 18 a 21;
- transferências voluntárias – art. 25;
- recursos ao setor privado – art. 26;
- dívida e endividamento – arts. 29 a 42;
- gestão patrimonial – 43 a 59.

A simples observação da realidade administrativa dos órgãos e entidades públicas apresenta sinais fidedignos de que alguns dos comportamentos preconizados pela LRF estão sendo gradativamente incorporados – talvez, mais rapidamente do que seria de se esperar – podendo ser expressos em algumas assertivas:

a) A estrutura legal da contratação de pessoal e obras, serviços, compras e desapropriação foi fortalecida pelas diretrizes da LRF relativas ao controle e limitação da despesa pública (arts. 15 ao 23).

b) As despesas relativas à seguridade social vincularam-se definitivamente à fonte de custeio (art. 24).

c) Verificou-se razoável reordenação das transferências voluntárias, sobretudo no atendimento às exigências de contrapartida (art. 25, IV, "d").

d) A dívida e o endividamento público, bem como operações de crédito, estão sendo tratados com maior rigor (arts. 29 ao 41) incorporando ainda a explicitação da Resolução nº 43/01 do Senado Federal.

e) A conta "Restos a Pagar" parece voltar-se agora, finalmente, para sua função precípua (art. 42), embora persista ainda resistência em abolir seu usual emprego como instrumento extra-orçamentário de rolagem de dívidas, que acobertava o irrealismo de orçamentos e embutia autorização para assunção de compromissos sem cobertura de receitas.

f) O princípio da continuidade, expresso no art. 45, "vale pela lei inteira". É de se reconhecer: obra parada é onerosa e empobrece a Administração,

privando a sociedade de um bem a que tem direito. Mas, objetivamente, ainda estamos a meio caminho entre o mero enunciado e a prática consolidada.

g) Os relatórios de execução orçamentária e gestão fiscal (arts. 48 a 59), embora ainda dêem margem para aprimoramento, têm-se revelado instrumentos fidedignos de aferição do comportamento fiscal, gerando a possibilidade de antecipação de erros governamentais. Nota-se a preocupação dos dirigentes públicos relativamente à apresentação temporânea dos relatórios.

h) Significativas mudanças foram geradas pela introdução das novas sanções ao descumprimento de dispositivos, incidindo ora sobre a estrutura administrativa (arts. 9º; 23, § 3º; 31, § § 2º e 3º; 51, § 2º), ora sobre o ordenador de despesa (art. 74 da LRF e art. 5º da Lei 10.058/00). É visível o acautelamento, por parte das autoridades administrativas, no sentido de evitar a infringência de dispositivos legais e evitar sanções, inclusive com a solicitação pontual de pareceres jurídicos, ou apresentação de consultas ao Tribunal de Contas.

i) Com o acréscimo de atribuições dos Tribunais de Contas, promovido pela LRF, observa-se que suas orientações e decisões estão tendo maior acatamento e ressonância no âmbito dos órgãos e entidades da respectiva área de atuação.

j) Evidencia-se que os sistemas de controle interno e externo, no âmbito de respectiva competência, irão incorporar novas fórmulas de cruzamento de dados e informações, e cada vez mais contribuir para a efetividade da gestão fiscal.

Como ilustração de várias das afirmativas acima, cite-se a recomendação feita pelo TCU à Secretaria de Macroavaliação Governamental a propósito dos autos de processo de fiscalização com o objetivo de acompanhar as limitações de empenho e de movimentação financeira promovidas pelo Poder Executivo federal. 25

Importa registrar que o TCU já penalizou ordenador de despesa pela ausência de cumprimento da exigência de publicação de relatórios de gestão fiscal (arts. 54 e 55 da LRF), com correspondente sanção pecuniária, conforme dispõe o art. 5º da Lei 10.028/00.26

O art. 67 (Disposições Finais e Transitórias) da LRF cria o Conselho de Gestão Fiscal. Entretanto, talvez pelas excessivas e desafiantes atribuições originais de tal Conselho, até o momento presente este não foi implantado. Necessitaria, talvez, minuciosa regulamentação, que não foi ainda empreendida. Com isso a Administração Federal vale-se da válvula de escape proporcionada pelo art. 50, § 3º da mesma LRF, e vem expedindo normas administrativas com força de lei, em discutível processo de delegação

[25] TC 004.393/2002-0, Acórdão nº 252/2003.
[26] TC 017.444/2001, Acórdão 317/2003, *DOU* de 11/4/03, p. 187.

legislativa indireta. Como já anunciado em trabalho publicado, vem se confirmando o temor de que o embrião desse órgão assumisse natureza legislativa. O verdadeiro valor desse órgão – Conselho de Gestão Fiscal, – seria orientador e divulgador de boas práticas.27

Contrapondo-se ao não-funcionamento do referido Conselho, é de se pontuar que os mecanismos de transparência, participação e controle estipulados pela LRF foram adotados em todas as instâncias da Federação. Até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, o Poder Executivo tem demonstrado, em Audiência Pública, o cumprimento das metas fiscais em cada quadrimestre (vide arts. 4º, §§ 1º e 2º; 5º, § 5º e 9º, § 4º da LRF).

Tem-se evidenciado, igualmente, a ampla divulgação (inclusive por meios eletrônicos de acesso público) de instrumentos importantes da gestão fiscal, como as leis orçamentárias, as prestações de contas, os relatórios de execução orçamentária (RREO) e de gestão fiscal (RGF) etc.

As novas atribuições que foram cometidas ao TCU, sobretudo pelas LDOs, têm igualmente contribuído para a consecução dos princípios e metas essenciais da disciplina fiscal. A título de exemplo, as auditorias empreendidas por essa egrégia Corte agregam à *praxis* legal uma nítida vertente, constituída pelos resultados de processos de *fiscalização de obras licitadas e em andamento*. Tal avaliação constitui um dado conclusivo referente à forma com que está sendo aplicada, concretamente, a lei; e como estão sendo conduzidos os contratos dela decorrentes.

Observe-se que a legislação orçamentária tem avançado no sentido de, consagrando a atuação dos órgãos de controle (sobretudo da Corte de Contas) definir, no art. 93 da Lei 10.707/03, § 2º , incisos I a III, os *indícios de irregularidades graves* como aqueles que "tornem recomendável a paralisação cautelar da obra ou serviço", e que, "sendo materialmente relevantes, tenham a potencialidade de, entre outros efeitos, *ocasionar prejuízos significativos* ao erário ou a terceiros, e *ensejar nulidade* do procedimento licitatório ou de contrato."28

A consulta aos resultados da auditoria do TCU revela quatro grupos distintos de processos. O primeiro grupo designa obras "com indícios de irregularidade grave"; o segundo, obras detentoras de "outras irregularidades"; o terceiro grupo caracteriza-se por "falhas e impropriedades"; o quarto é constituído de situações em que não se apresentam irregularidades ou falhas, designadas pela expressão "sem

---

[27] Vide MOTTA, Carlos Pinto Coelho e FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Responsabilidade fiscal*. 2ª. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 427-431. Remetemos ainda o leitor às notas de rodapé ns. 163 e 164 do mesmo livro (p. 400-402) onde há citações dos clássicos Alberto Ramón Real e Agustín Gordillo. Registre-se também a comunicação feita pelo Ministro Lincoln Magalhães da Rocha sobre a importância do orçamento participativo, publicada no *DOU* de 5/9/01, p. 106; e ainda, doutrinariamente: Fiscalização e prestação de contas. Anexos da LDO. Publicidade. Necessidade. *IDAF* n. 15, out. 2002, p. 260.

[28] Agora, art. 07 da Lei 10.934, de 11/8/04

ressalvas." Em 2002, as informações relativas aos levantamentos de auditoria foram consolidadas na Decisão nº 1.239/2002 TCU – Plenário. A íntegra dessa Decisão pode ser obtida na home-page do TCU (www.tcu.com.br).

"No ano de 2002, até setembro, foram apontados indícios de irregularidades graves em 166 obras e indícios de outras irregularidades ou falhas/impropriedades em 107 obras. As restantes 162 obras foram consideradas sem ressalvas.

Destacam-se dentre os principais indícios de irregularidades graves apontados: celebração ou administração irregular de contratos e convênios, irregularidades no processo licitatório, superfaturamento, sobrepreço e alterações indevidas em projetos e especificações.

Para as obras em que foram identificados indícios de irregularidades graves, após as justificativas apresentadas pelo responsável, o Tribunal determina a adoção das medidas corretivas a fim de que o empreendimento seja regularizado."29

Como resultado definitivo da linha de atuação do TCU que se antecipa aos fatos, registre-se a entrega, pelo Presidente Valmir Campelo, ao Presidente do Congresso Nacional, de recomendações de suspensão de repasse de cerca de três bilhões do orçamento destinado a setenta obras públicas com indícios de irregularidades graves, como *sobrepreço*, *superfaturamento*, *falhas de projeto* e *ausência de licenciamento ambiental*. Segundo ainda o Ministro-Presidente, o TCU fiscalizou este ano, até setembro, 420 (quatrocentas e vinte) obras públicas que envolvem investimentos de vinte bilhões.30

O TCU, na mesma linha inovadora, vem examinando os programas de governo, classificando-os entre satisfatórios e insatisfatórios, no parecer prévio acerca das contas do Poder Executivo (art. 20, § 1º da Lei 10.707/03) de forma a propiciar o controle dos custos das ações e a avaliação dos resultados dos programas de governo, bem como dos registros dos contratos.31 Como comentado no início deste trabalho, a vigente LDO (Lei 10.934/04) não reiterou

---

[29] Brasil. Tribunal de Contas da União. Auditoria em Obras Públicas – Sumário Executivo. Brasília: TCU, SECOB, 2002, p. 17. Vide ainda: Brasil. Tribunal de Contas da União. *Obras públicas – recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras públicas*. Brasília: TCU, SECOB, 2002; BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Anais do VII Simpósio Nacional de Auditoria de Obras Públicas*. Brasília, 25-29 de novembro de 2002. E, ainda, a importante decisão da e. Corte de Contas, no contexto de auditoria operacional acerca da qualidade das obras rodoviárias federais: TC 015.719/2001-5, Acórdão 938/2003, *DOU* de 31/7/03, p. 270. Vide ainda Decisão 97/02; Acórdão 1440/03; Comunicação do Presidente do TCU, Min. Valmir Campelo, registrada na Ata n. 25 de 2/7/03; e Brasil. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Atividades 2003 – 2º Trimestre*. Brasília-DF:Secretaria de Planejamento e Gestão, 2003.

[30] Notícia veiculada em 21/9/2004, http://noticias.terra.com.br/brasil/interna.

[31] TC 015.271/2003, Acórdão 102/04, *DOU* de 19/2/04; TC 004.482/2004, Acórdão 951/2004, *DOU* de 23/7/04; Ata n. 23, de 30/7/03, *DOU* de 8/7/04; vide ainda a Resolução do Congresso Nacional n. 2, de 2003, *DOU* de 14/11/03.

expressamente essas salutares disposições.

5. Medidas da LRF relativas à transição de governos municipais

A vigência de quatro anos da Lei de Responsabilidade Fiscal coincide agora com o final de mais um período de governo municipal. Temos, portanto, uma transição político-administrativa que, obviamente, desejar-se-ia pacífica, organizada e financeiramente equilibrada, dentro dos moldes estabelecidos pela aludida Lei Complementar.

Com o objetivo de efetivar o princípio da continuidade que teve salutar referência no art. 45 da mesma Lei, listamos algumas providências que devem ter tratamento prioritário, tanto por parte dos Prefeitos que estão atualmente terminando seus mandatos, como por parte dos que ora assumem. São, basicamente, as seguintes:

5.1. Exame detalhado dos *Relatórios Resumidos de Execução Orçamentária* – RREO (art. 52 da LC 101/00) – meses de fevereiro, abril, junho, agosto, outubro e especificamente dezembro de 2004.

5.2. Exame, também detalhado, dos *Relatórios de Gestão Fiscal* – RGF (art. 52 da LC 101/00) – meses de abril, agosto e especificamente dezembro de 2004.

5.3. Dados que devem ser analisados do *Relatório Resumido de Execução Orçamentária* - RREO (art. 54 da LRF):

5.3.1 Despesa total anual com pessoal, distinguindo ativo e inativo (art. 15 ao 21 da LRF).

5.3.2 Dívidas consolidada e mobiliária (art. 29, I e II da LRF).

5.3.3 Operações de crédito (art. 37 da LRF).

5.3.4 Disponibilidade de caixa em 31/12/04.

5.3.5 Inscrição em Restos a Pagar (art. 42 da LRF): despesas liquidadas; empenhadas e não liquidadas; não inscritas por falta de disponibilidade de caixa.

5.3.6 Informes sobre operações de crédito por antecipação de receita (art. 38 da LRF).

5.3.7 Comprovação de publicação do RREO (art. 55, § 2º da LRF).

5.3.8 Prestação de contas ao respectivoTribunal de Contas dos anos de 2000 a 2004.

5.4. Dados que devem ser analisados do *Relatório de Gestão Fiscal* -

RGF (art. 59 da LRF):

5.4.1 Informes quanto a atingimento das metas propostas nas LDOs de 2000 a 2004 (art. 4º, § 1º da LRF).

5.4.2 Indicação dos limites e condições para realização de operação de crédito (arts. 29 e especificamente art. 37 da LRF).

5.4.3 Medidas, quando houver, para retorno da despesa total com pessoal aos respectivos limites (arts. 18, § 1º, 22, 23 e 72 da LRF).

5.4.4 Rol de providências tomadas conforme disposto no art. 31 da LRF, para recondução dos montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos limites previstos (art. 29, incs. I e II da LRF).

5.4.5 Destinação dos recursos e dos ativos.

5.4.6 Cumprimento dos gastos e limites com o Poder Legislativo Municipal.

5.4.7 Obras concluídas e entregues no último bimestre de 2004, bem como as em andamento, com recursos vinculados (arts 8º, parágrafo único e 45 da LRF).

5.4.8 Relação das ações judiciais em andamento, número do processo, assunto (objeto), valor provável, precatórios em andamento e cumpridos no ano de 2004 (art. 30, § 7º da LRF).

5.4.9 Contratos vigentes (serviços contínuos, ou outros) com impacto no exercício de 2005 (art. 57 da Lei 8.666/93 e 60 da Lei 4.320/64). (Exemplo: contratos de prestação de serviços advocatícios).

5.4.10 Relação dos convênios em vigor (art. 116 da Lei 8.666/93) e prestação de contas (Instrução Normativa STN 1/97, art. 31, § 4º).

5.4.11 Relatório de Inspeções do respectivo TC e resultados – ações processadas e propostas para correção de possíveis irregularidades.

5.5. Para que a passagem do cargo ocorra de maneira pacífica, deverá o Prefeito em exercício solicitar ao Prefeito eleito, formalmente, a relação nominal das pessoas que constituirão equipe de transição, a serem necessariamente designadas por decreto.

5.6. Os dados para a equipe de transição devem ser requeridos formalmente pelo seu Presidente, que deve dispor de sala da Prefeitura, devidamente equipada.

Finalmente, não poderíamos deixar de acrescentar uma palavra sobre o *exercício do poder-dever* pelos governantes municipais que estarão nessa função a partir de 1º de janeiro de 2005. Servindo a nosso propósito, conceituado periódico de Fortaleza, por ocasião da realização do encontro

"Diálogo Público" naquela cidade, em 21/10/04, veiculou a seguinte notícia acerca de entrevista do Ministro Lincoln Magalhães da Rocha:

"Segundo o ministro, a escolha de assessores competentes nas áreas contábil, fiscal, jurídica e tributária, de licitações e de gestão de fundos e convênios é fundamental para uma administração correta e isenta de irregularidades. 'A primeira coisa a fazer é elaborar um programa para as ações planejadas para os quatro anos do mandato', ensinou Lincoln Magalhães.

'A falta de um programa básico de governo ainda é uma realidade, é uma tristeza', destacou o ministro. Ele sugere, inclusive, a participação de prefeitos e demais gestores em cursos próprios para as novas funções. Como sugestão, ele aponta os cursos realizados pelo Instituto Serzedelo Correia, do próprio TCU, que pode ser conveniado com as prefeituras e estados, para treinamento de seus técnicos."32

6. A Lei Nacional de Licitações e a fiscalização

A doutrina e a jurisprudência que já se formaram nos onze anos de aplicação, depuração e reconstrução da Lei 8.666/93 têm possibilitado,efetivamente, um amplo exercício do controle democrático por parte dos licitantes, pessoas físicas e jurídicas e, portanto, da própria sociedade. O questionamento crítico transformou em processo evolutivo a aplicação da LNL, reduzindo o rigorismo e o legalismo que se entreviam a princípio. Com a introdução de modificações no próprio texto da lei, aliada às decisões apaziguadoras dos Tribunais de Contas e ao bom-senso de intérpretes e pareceristas – bem como à serenidade da doutrina – essa fase foi passando e, pode-se dizer, está hoje superada. Coube também às comissões de licitação o papel preponderante da *praxis*, que se expressa pela reflexão quotidiana sobre casos concretos e vai, lentamente, suavizando a frieza dos caracteres normativos, plasmando sua face definitiva.

Além desse aspecto de aprendizagem institucional, a LNL conviveu com profundas alterações constitucionais e infraconstitucionais, destacando-se, como apontamos, a LC 101/00. Ainda, em notável sincronicidade jurídica, foi editado, no mesmo dia 4 de maio de 2000, outro texto normativo – diferenciado quanto à forma e à relevância, mas indubitavelmente semelhante em seu propósito final de racionalização da máquina administrativa. Surgia a Medida Provisória nº 2.026 de 4/5/00, posteriormente renumerada para 2.108/00 e 2.182/01, reeditada em versões sucessivas, com poucas modificações, e finalmente convertida na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 – a Lei do pregão. Essa Lei teve um impacto positivo na agilização e resolutividade dos processos licitatórios, possibilitando sua maior transparência e controle.

Pode-se dizer, portanto, que nos dias de hoje os dispositivos da LNL destinados ao controle ou tutela administrativa das licitações e contratos

[32] TCU quer orientar prefeitos sobre gestão e licitações. *Diário do Nordeste,* 21/10/2004.

adquiriram nova relevância e significado. Registrem-se seus conteúdos básicos:

- Participação popular: arts. 4º; 7º, § 8º; 39; 63.

- Representação e impugnação: arts. 15, § 6º; 41, § § 1º e 2º; 101; 113, § 2º.

- Contraditório e ampla defesa: arts. 43, § 3º; 78, parágrafo único; 86, § 2º.

- Criminalização de condutas: arts. 88, 89.

- Ação penal e processo judicial: arts. 100 a 108.

- Recursos, representação e reconsideração: art. 109.

Em inspirada monografia, o mestre Diógenes Gasparini, após comentar a noção categorial e a função dos princípios constantes do art. 3º da Lei 8.666/93, focaliza com absoluta propriedade o princípio da fiscalização, afirmando:

"O princípio da fiscalização na licitação pertence ao grupo dos não enunciados. Tem conteúdo mais denso que o sugerido por seu título, pois também se aplica aos contratos, mesmo quando não originários de uma licitação, como são as contratações com dispensa ou inexigibilidade desse certame. [...] Poucos autores o mencionam e menos ainda dissertam sobre ele. Não significa que seja desprovido de importância, pois esta reside na possibilidade, em alguns casos, de acompnhar a tramitação dos processos de licitação, sem incluir a fase interna do procedimento e os processos de dispensa e inexigibilidade da licitação, porque atividades que se realizam sem repercussão externa. [...]

O legislador não mencionou no rol dos princípios do art. 3º da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, entre outros, o princípio da fiscalização da licitação, mas o acolheu. De sorte que a omissão é absolutamente irrelevante. Esse diploma legal o hospeda, por exemplo, ao autorizar qualquer cidadão a acompanhar o desenvolvimento da licitação (art. 4º); ao legitimar qualquer cidadão a requerer quantitativos das obras e preços unitários à Administração Pública (art. 7º, § 8º); ao legitimar qualquer cidadão para impugnar preço constante do quadro geral do Registro de Preços (art. 15, § 6º); ao permitir a qualquer licitante o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório (art. 63, primeira parte); ao permitir a qualquer interessado a obtenção de cópia autenticada dos termos do contrato e do correspondente processo licitatório (art. 63, segunda parte). Esses dispositivos, entre outros, são os suportes legais do princípio da fiscalização da licitação, ainda que cada um tenha seu próprio regime jurídico. São regras, como leciona Jessé Torres Pereira Júnior, que refletem 'a diretriz constitucional de conferir ao cidadão, ampliada, a iniciativa de acionar os meios de controle externo dos atos da Administração Pública, de que é exemplo o permissivo do

art. 74, § 2º, da CF/88. Na Lei nº 8.666/93, a tendência manifesta-se no art. 3º, § 3º, que garante o acesso do público aos atos do procedimento licitatório'."33

A fiscalização da licitação pode ocorrer, portanto, não apenas no interesse do licitante ou do contratado, mas pela ação legítima e permitida de qualquer pessoa que não tenha, necessariamente, direito imediato – mas interesse na efetividade dos regramentos da Lei Nacional de Licitações.

Sabe-se que a presença dos órgãos de controle se faz necessária, predominantemente, na fase preparatória da contratação pública, porquanto: (a) os gastos que demandam cobertura orçamentária devem, efetivamente, ser comprovados nos termos dos arts. 15 e 16 da LC 101/00; (b) a definição do regime jurídico do objeto é premissa essencial na licitação a ser instaurada; (c) a consistência das regras da disputa (arts. 40 da Lei 8.666/93 e 18 da Lei 8.987/95) é também pré-requisito inafastável; (d) outras inquebrantáveis premissas, merecedoras de toda a atenção dos sistemas de controle, são a isonomia do conhecimento, a fixação de requisitos limítrofes para habilitação, a adequação à legislação vigente incluindo o novo Código Civil, a fixação de critérios de aceitabilidade de preços.

É de se pontuar, ademais, que a verificação e análise final dos editais e seus anexos por parte dos órgãos técnicos é condição para a validade de todo o procedimento. Nos últimos tempos tem-se ampliado a presença dos TCs, precisamente, no início da chamada fase externa, quando as pessoas elencadas no art. 116, § 1º da Lei 8.666/93 (qualquer licitante, contratado ou pessoa física) vêm eventualmente denunciar, por representação, irregularidades na aplicação da Lei Nacional de Licitação. Basta acompanhar, por exemplo, as atas do TCU, para constatar a acentuada e oportuna presença dessa Corte de Contas no exame e decisão das denúncias e questionamentos havidos nessa fase.

De fato, o TCU tem contribuído em grande escala para a correta interpretação da Lei 8.666/93. Um importante registro de tal contribuição tem sido o exercício do *direito de petição*, quer através das *impugnações* aos editais, quer através de *consultas* e *denúncias* apresentadas aos Tribunais.34 Trata-se sem dúvida de um avanço interpretativo, o fato das Cortes de Contas declararem repetidamente sua condenação às Comissões de Licitação, quando estas se omitem na resposta a questionamentos apresentados via impugnação.35

---

[33] GASPARINI, Diógenes. Fiscalização da licitação. *ILC* n. 119, jan. 2004, p. 11-12.

[34] Vide, de autoria do Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal: *Tribunais de Contas do Brasil – jurisdição e competência.* Belo Horizonte: Fórum, 2003, no qual são focalizados, entre inúmeros temas essenciais, aspectos da consulta (p. 303 e seguintes) e da denúncia (p. 327 e seguintes).

[35] Vide Processo TCEMG 640.903, Rel. Conselheiro Moura e Castro. *Fórum Administrativo*, ano 1, n. 3, mai. 2001, p. 328; TC 001.935/2000, Decisão 35/2001, Re. Min. Adylson Motta, *DOU* de 23/2/01, p. 148; e TC 016.169/2000, Decisão 515/2000; e RMS 10.847, STJ; RMS 1.505. *FCGP*, ano 1, n. 12, dez.2004, p. 1504. Quanto ao dever de decidir, vide ainda: MS 92.569, TFR, *RDA* n. 160, abr./ jun. 1995; e art. 48 da Lei 9.784 de 29/1/99.

As *consultas* ao Tribunal de Contas com relação a dúvidas atinentes à condução dos certames (procedimentos de convocação, habilitação, julgamento, classificação) constituem – quando bem formuladas – um repositório de interpretação, com o firme balizamento de soluções.36 E a *denúncia* é um dos instrumentos "conectores" entre a ação dos Tribunais de Contas e a sociedade, posto que permite a qualquer de seus membros iniciar a "prestação de serviço de verificação".37

A Carta Magna consagra, no art. 74, § 2º, a denúncia ao Tribunal de Contas da União, facultada a qualquer cidadão, partido político, associação e sindicato. As Cortes de Contas estão solidamente legitimadas para suspender atos (editais) ilegais, bem como recomendar o reexame de contratos, em razão do art. 71, IV da Constituição Federal e no *poder de cautela* assegurado pelo Supremo Tribunal Federal.38 O Regimento Interno do TCU, nos arts. 273 ao 276, trata minuciosamente das medidas cautelares; merece registro o inteiro teor do § 4º do art. 276 da referida norma, Resolução nº 155, de 4/12/02:

"Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992.

[...]

§ 4º Nas hipóteses de que trata este artigo, as devidas notificações e demais comunicações do Tribunal e, quando for o caso, a resposta do responsável ou interessado poderão ser encaminhadas por telegrama, fac-símile ou outro meio eletrônico, sempre com confirmação de

---

[36] Vide FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Como consultar o Tribunal de Contas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, ano 2, n. 14, fev. 2003, p. 1.667; Súmula 110 do TCU; e MS 22.615, STF, *Informativo STF* n. 79, ago. 1997.

[37] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Denúncia ao Tribunal de Contas. *Fórum Administrativo*, ano 3, n. 24, fev. 2003, p. 1.866, onde cita o MS 24.369, STF, DJ de 16/10/02 (sobre delação anônima). Vide ainda Portaria 68 do TCU, de 3/2/93, que regulamenta procedimentos referentes ao exame da denúncia veiculada na imprensa, *DOU* de 6/2/97, p. 2.323.

[38] MS 24.510-DF, Rel. Min. Ellen Gracie. Ementa: "Procedimento licitatório. Impugnação. Competência do TCU. Cautelares. Contraditório. Ausência de instrução. 1. Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3. A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4. Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem." *Informativo STF* n. 330, nov. 2003; Comunicado da Presidência, TCU, 9/12/03; e TC 006.510-7.

recebimento, com posterior remessa do original, no prazo de até cinco dias, iniciando-se a contagem do prazo a partir da mencionada confirmação do recebimento."39

Nota-se ainda, no teor da Lei 8.666/93, que a fiscalização não está isolada do contexto da *responsabilização*. A LNL está carregada de tópicos de preocupação acerca da responsabilidade de eventual infrator pelo descumprimento de cautelas em matéria orçamentária ou financeira. Observe-se que, no estatuto das licitações, fica bem designado o *sujeito físico* da norma, com a *personalização* da responsabilidade. Os exemplos são inúmeros:

- **A infringência de pré-requisitos previstos no art. 7º desse mesmo Estatuto, implica, segundo o § 6º do artigo, "nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de *quem* lhes tenha dado causa";**

- **a realização de compras sem adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários acarreta, mais uma vez, "nulidade do ato e responsabilidade de *quem* lhe tiver dado causa" (art. 14);**

- **a nulidade do contrato não exonera o dever de indenizar o contratado pelo serviço executado até o dia de seua rescisão, mas impõe a "responsabilização de *quem* deu causa" (art. 59);**

- **para tutela das licitações, o art. 82 ordena que os *agentes administrativos* que praticarem atos em desacordo com os preceitos da lei de licitações, além das sanções próprias, "sujeitam-se à responsabilidade civil e criminal";**

- **a decisão da autoridade sobre o recurso deve ser proferida em cinco dias úteis, "sob pena de responsabilidade" (art. 109, § 5º).**

A letra constitucional, além de oferecer pleno respaldo aos prescritivos legais de fiscalização, registra os principais instrumentos de controle dos processos licitatórios em nível do Poder Judiciário: o *mandado de segurança* e a *ação popular*. O *writ of mandamus* pode ser interposto por qualquer cidadão que tenha seu direito ofendido; e a *actio popularis*, por cidadão ou grupo em contestação a atos administrativos ilegais. Como se sabe, o mandado de segurança visa a proteção do direito próprio, prevista no art. 5º, LXIX da Constituição Federal; o mandado de segurança coletivo, tratado no inciso LXX do mesmo artigo, protege o interesse de associados. Já a ação popular visa anular ato lesivo, tendo em vista proteger o interesse de comunidades e da moralidade administrativa, bem como do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural (art. 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal).

Um tema de grande atualidade é, precisamente, a desafiante tarefa

[39] Exemplo de recente concessão de suspensão de licitação, via medida cautelar: TC 010.268/2004-4, Min. Marcos Bemquerer Costa, *DOU* de 5/8/04, p. 46.

dos representantes da Administração Pública – tarefa que se reflete sempre nos sistemas de controle – ou seja, a implantação efetiva dos princípios da *eficiência* e da *economicidade*, ambos decorrentes da Constituição Federal, arts. 37 e 70. Tais princípios estão ainda sendo estudados e, eventualmente, aplicados como orientação em relevantes decisões.40 Em judiciosa conferência neste mesmo Fórum, o Dr. Paulo Soares Bugarin, Subprocurador Geral do Ministério Público junto ao TCU, analisa com absoluta precisão o conceito de economicidade, alertando que o mesmo constitui, na verdade, uma limitação à discricionariedade administrativa.

Paralelamente, as áreas de controle empenham-se na atualização de estudos de implantação normativa, referentes ao aperfeiçoamento do sistema de custos, no sentido de permitir a avaliação e o acompanhamento da gestão orçamentária, financeira e patrimonial (nos termos dos arts.: 14 do Decreto-lei 200/67; 50, § 3º, da LC 101/00; 20 da Lei 10.707/03).41

7. Considerações finais: recomendações ao ordenador de despesa

Conforme é do conhecimento dos Tribunais de Contas dos Estados, por ocasião da entrada em vigência da LC 101/00 o então Presidente da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas – ATRICON, Conselheiro Flávio Régis de Moura e Castro, juntamente com este signatário e os Professores Jair Eduardo Santana e Luciano Ferraz, iniciamos um extenso périplo, percorrendo todas as Cortes de Contas do País, apregoando e explicitando as idéias básicas da nova Lei de Responsabilidade Fiscal.42

Naquela ocasião, recomendávamos as necessárias cautelas para sua adoção; alertávamos para as consequências de sua inobservância; discutíamos seus pontos polêmicos; e buscávamos, em debate com os participantes, uma visão ao mesmo tempo crítica e resolutiva de sua aplicação.

Em extraordinária palestra do eminente Professor e Desembargador Jessé Torres Pereira Jr., pronunciada na Escola de Magistratura do Rio de Janeiro – EMERJ, sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal, o emérito Professor deixou fincadas ..."dez regras fundamentais que o gestor haverá de colocar à sua frente, como o crente coloca os dez mandamentos bíblicos na conduta de seu dia-a-dia..." 43

---

[40] Exemplo, TC 004.634/2003-4, Acórdão 1020/2004, *DOU* de 5/8/04.
[41] Vide ainda TC 015.271/03, Acórdão 102/04, *DOU* de 19/2/04.
[42] Vide: MOURA E CASTRO, Flávio Régis Xavier de (Coord.). Lei de Responsabilidade Fiscal: abordagens pontuais. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
[43] PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Aspectos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal. *BDA* n. 11, nov. 2001, p. 836-837.

Permitimo-nos fazer uma paráfrase do caro Professor, com modesta adaptação da idéia dos "dez mandamentos", talvez sem cometer qualquer pecado, venial ou mortal... Ousamos então listar algumas recomendações de nossa própria lavra, dirigidas ao ordenador de despesa, tendo em vista a prática da gestão fiscal responsável e a consecução da meta da "boa administração". Nossos "dez mandamentos" seriam os seguintes...em linguagem bíblica:

1. VELAI pela legalidade da prestação de contas, por parte de todos que utilizem, gerenciem ou guardem bens ou valores públicos.

2. MOTIVAI o ato administrativo, para tornar explícito o exercício do poder-dever.

3. JAMAIS AUTORIZEIS a geração de despesa quando não estiver acobertada pelo efetivo poder de gasto.

4. ANALISAI bimestralmente o Relatório de Execução Orçamentária, e quadrimestralmente, o de Gestão Fiscal.

5. JAMAIS AUTORIZEIS a execução indireta de serviços terceirizados, quando significar burla ao sistema do mérito.

6. NÃO TEMAIS a ordenação e a liquidação da despesa, quando estritamente vinculadas à lei orçamentária.

7. NÃO AMALDIÇOEIS os sistemas de controles interno e externo, porque asseguram a passagem para o reino das contas aprovadas.

8. ACAUTELAI-VOS, programando a agenda de final de governo pelos dizeres da Lei de Responsabilidade Fiscal.

9. NÃO DEIXEIS dívida consolidada ou restos a pagar, em final de mandato, sem o devido suporte de caixa, se não quereis arder no inferno.

10. ACOMPANHAI a sagrada palavra legal, pelo Diário Oficial da União (*DOU*), o órgão oficial do governo de seu Estado (*DOE*), ou pela internet, sempre participando de eventos e estudos sobre os temas pertinentes à Administração Pública, se pretendeis a recompensa do dever cumprido.

Como comentário final, gostaríamos de fazer um voto pessoal à continuidade desse programa de Diálogo Público, já consagrado como eficiente meio de integração entre a sociedade e o Tribunal de Contas, seu legítimo representante. Lembramos, enfim, da afirmativa do Ministro Lincoln Magalhães da Rocha no evento de Fortaleza: "É por meio do Diálogo Público que o Tribunal de Contas da União pretende reforçar seu papel de educador e sair da posição meramente fiscalizatória que o

caracterizou ao longo dos anos."44

Em 26 de outubro de 2004

Carlos Pinto Coelho Motta

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. As Leis de Licitação e de Responsabilidade Fiscal em seus Aspectos de Transparência, Controle e Fiscalização. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 8, dezembro 2006./ janeiro/fevereiro 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Informação não disponível

[44] Diálogo público: fiscalização e controle social da gestão pública no Estado do Ceará. Palestra proferida pelo Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha. Fortaleza, out. 2004. TCU, Função Controle, Caderno n. 28.