

Opinião: PL 4.253/2020 tem artigo inconstitucional

21/12/2020

Em 10 de dezembro, o Senado Federal [aprovou](#) o PL 4.253/2020, que, se sancionado pelo presidente da República, passará a ser a nova Lei de Licitações e Contratações. Uma das novidades é o artigo 171 (segundo a numeração constante da versão inicial do PL 4253, antes, portanto, de alguns ajustes de numeração, ainda não disponíveis ao público, decorrentes das emendas aprovadas pelo Senado Federal), que apresenta a seguinte redação [1]:



"Artigo 171 — Na fiscalização de controle será

observado o seguinte:

(...)

§ 1º Ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações a que se refere o § 2º deste artigo, prorrogável por igual período uma única vez, e definirá objetivamente:

I – as causas da ordem de suspensão;

II – 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.

§ 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.

§ 3º A decisão que examinar o mérito da medida cautelar a que se refere o § 1º deste artigo deverá definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório, ou determinar a sua anulação.

§ 4º O descumprimento do disposto no § 2º deste artigo ensejará apuração de responsabilidade e obrigação de reparação de prejuízo causado ao erário".

Entendemos que os §1º e §3º do referido artigo 171 do PL 4253 são inconstitucionais por três fundamentos.

O primeiro fundamento é a inconstitucionalidade formal por ofensa à competência de autogoverno dos Tribunais de Contas, decorrente dos princípios da separação e independência dos poderes. Referida competência significa atribuir apenas ao próprio Tribunal de Contas a iniciativa privativa do processo legislativo tendente a alterar a sua lei orgânica, verdadeiro estatuto jurídico infralegal relativo à sua organização e funcionamento.

Trata-se de compreensão que tem sido reiteradamente afirmada pelo Supremo Tribunal Federal em diversos precedentes, dos quais é de se destacar a ADI 4.643, relator ministro Luiz Fux, julgada em 15/5/2019, cuja ementa é parcialmente reproduzida abaixo [2]:

"2. As Cortes de Contas do país, conforme reconhecido pela Constituição de 1988 e por esta Suprema Corte, gozam das prerrogativas da autonomia e do autogoverno, o que inclui, essencialmente, a iniciativa privativa para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e funcionamento, como resulta da interpretação lógicossistemática dos artigos 73, 75 e 96, II, d, da Constituição Federal. Precedentes.

3. O ultraje à prerrogativa de instaurar o processo legislativo privativo traduz vício jurídico de gravidade inquestionável, cuja ocorrência indubitavelmente reflete hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade do ato legislativo eventualmente concretizado. Precedentes".

E não se diga que se trata de competência limitada apenas à definição da estrutura dos Tribunais de Contas, o que não alcançaria a matéria processual. Esse mesmo argumento foi invocado na citada ADI 4.643, oferecida em face de lei que havia alterado vários prazos da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. O relator, no entanto, rechaçou a alegação com o seguinte argumento:

"Tratando-se de atribuição judicante, a definição do prazo de pagamento ou eventual parcelamento de débitos imputados pelo tribunal, assim como o procedimento a ser exigido quando verificadas irregularidades pela fiscalização exercida pela Corte, constituem aspectos fulcrais da própria decisão, que competem aos julgadores, à luz do caso concreto e de sua sensibilidade. A determinação dos efeitos da imputação por iniciativa alheia à própria Corte configura ingerência desmedida em sua autonomia".

No caso do TCU, o PL 4253/2020 não altera, explicitamente, qualquer artigo da sua lei orgânica, tendo em vista que não há artigo que tenha expressamente previsto o poder geral de cautela, embora haja a previsão de algumas cautelares específicas, tais como o "afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção" (artigo 44, caput) e a "decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração" (artigo 44, §2º).

O poder geral de cautela dos Tribunais de Contas tem assento constitucional, conforme reconhecido pelo STF, em 19/11/2003, no julgamento do MS 24.510, relatora ministra Ellen

Gracie, com fundamento na teoria dos poderes implícitos, e sua regulamentação, no caso do TCU, consta do artigo 276 do seu regimento interno. Ou seja, o poder geral de cautela e o correspondente procedimento a ser observado para o seu exercício são, inequivocamente, matérias processuais inerentes às competências dos Tribunais de Contas e, portanto, matérias inseridas na sua competência de autogoverno.

Desse modo, a inserção de matéria processual, ínsita ao funcionamento dos Tribunais de Contas, em projeto de lei que trata de contratações públicas cria um "estranho no ninho" dentro da futura Lei de Licitações e, na prática, promove, por via transversa, alterações na lei orgânica dessas cortes de contas, o que configura grave inconstitucionalidade formal, no tocante à competência de autogoverno dos Tribunais de Contas, decorrente dos princípios da separação e independência dos poderes.

O segundo fundamento é a inconstitucionalidade material por ofensa, mais uma vez, ao princípio da separação e independência dos poderes, ao impor aos Tribunais de Contas ônus que é do gestor, qual seja, o de dizer "*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*" (inciso II do §1º do artigo 171 da versão inicial do PL 4253), assim como o de "*definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório, ou determinar a sua anulação*" (§3º do artigo 171 da versão inicial do PL 4253).

Em respeito ao princípio da separação e independência dos poderes, os Tribunais de Contas não podem se substituir ao gestor na definição das melhores estratégias para o atendimento do interesse público. Podem e devem prolatar medidas cautelares quando estiverem presentes os seus pressupostos, a fim de evitar a consumação de um ilícito e de um dano ao erário. Referidos pressupostos, segundo amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência e, ainda, expressamente previstos no artigo 300 do Código de Processo Civil (de aplicação subsidiária aos processos administrativos, nos termos do seu artigo 15) são a fumaça do bom direito, o perigo da demora e, na hipótese de cautelares satisfativas, a reversibilidade do provimento cautelar [3].

Admite-se, porém, que o órgão julgador, mesmo quando presentes os seus pressupostos, deixe de prolatar a cautelar caso se convença de que poderá comprometer gravemente algum outro bem jurídico igualmente protegido pelo Direito, tais como, por exemplo, a segurança jurídica, o interesse público ou a continuidade de um serviço público essencial. Nesses casos, é preciso fazer uma avaliação das consequências e ponderar os direitos ou interesses em jogo, a exemplo do que tem feito o TCU, de longa data (Acórdão 1.367/2007-Plenário; [Acórdão 3.306/2014-Plenário](#), entre outros).

Nesses casos, porém, o tribunal apenas deixa de prolatar a cautelar ou concede prazo razoável para que o gestor encontre alternativas para a consecução do interesse público, mas, dessa feita, de acordo com o ordenamento jurídico. E não poderia ser diferente, pois não se encontram entre os pressupostos das cautelares a imposição de ônus ao julgador no sentido de ter de se substituir ao gestor na busca do interesse público ou de alternativas possíveis para o saneamento da ilicitude.

Os artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com redação dada pela Lei 13.655/2018, também não ajudam a salvar esses dispositivos do PL 4253 da flagrante inconstitucionalidade, porquanto a interpretação dos aludidos artigos não pode conduzir o aplicador da norma a resultado que implique ofensa ao princípio da separação e independência dos poderes. Ao contrário, referidos artigos, se interpretados em conformidade com a Constituição Federal, impõem ao julgador o dever de, ao exigir a correção ou anulação do ato ilícito, fixar prazo proporcional para tanto e evitar o comprometimento de outros direitos ou princípios aplicáveis. Como se vê, disso não decorre qualquer autorização ou, pior, imposição para que o controle se substitua à gestão [4].

Por fim, o terceiro fundamento é a inconstitucionalidade material do *caput* do §1º do artigo 171 porquanto, ao fixar o prazo de 25 dias úteis para o Tribunal de Contas decidir sobre o mérito da irregularidade que ensejou a cautelar, ofende os princípios da razoável duração do processo, da igualdade e da eficiência. E os motivos subjacentes à fixação inconstitucional desse prazo parecem ter sido dois: primeiro, ter adotado a premissa de que todos os processos licitatórios seriam todos urgentes, indistintamente; segundo, ter adotado a premissa de que os processos licitatórios disciplinados por esse projeto de lei seriam mais importantes do que todos os outros que tramitam nos Tribunais de Contas, razão pela qual mereceriam tratamento prioritário.

As duas premissas contrariam o próprio PL 4253 que, no artigo 170 (da versão inicial que chegou ao Senado, oriundo da Câmara) preconiza que os "*órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco*". Ora, muitos processos licitatórios não revelam urgência alguma. Ao contrário, buscam realizar contratações para subsidiar a elaboração ou implementação de políticas públicas de longo prazo. Nesses casos, não se pode presumir que a urgência da medida cautelar, justificada pela necessidade premente de evitar a consumação de um ilícito iminente, signifique que há urgência na respectiva contratação.

A consequência desse tratamento igual para situações desiguais será o profundo comprometimento dos princípios da igualdade, da eficiência e da razoável duração do processo em relação àqueles processos mais complexos, relevantes, e de maior materialidade e risco, mas que, por não serem alcançados pela futura Lei de Licitações, serão preteridos, a fim de que o Tribunal de Contas consiga dar cumprimento ao prazo fixado por esse projeto de lei.

É de se notar que, segundo o §1º do artigo 1º do PL 4253, ressalvado o disposto no artigo 178, a futura lei não se aplica às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias, regidas pela Lei 13.303/2016. Considerando que algumas das maiores contratações fiscalizadas pelos Tribunais de Contas são exatamente as realizadas pelas empresas estatais, a aplicação desse prazo de 25 dias imporá ao tribunal o dever de priorizar o julgamento de processos relativos a contratações realizadas por órgãos públicos da Administração direta, em detrimento daquelas levadas a cabo pela Petrobras ou pelo Banco do Brasil, por exemplo, independentemente da materialidade, do risco e da relevância dessas contratações.

Por essas razões, é de se concluir que os §1º e §3º do referido artigo 171 do PL 4253 são inconstitucionais por ofensa aos princípios da separação e independência dos poderes, dos

quais decorre a competência de autogoverno dos Tribunais de Contas e a proibição de que se substituam ao gestor na sua tarefa de decidir sobre como irá realizar o interesse público, em face das possíveis alternativas, assim como por ofensa aos princípios da razoável duração do processo, da igualdade e da eficiência.

[1] As opiniões expressas ao longo deste artigo são de responsabilidade exclusiva do autor, não representam, portanto, necessariamente, o entendimento do TCU, instituição na qual trabalha o autor.

[2] No mesmo sentido: [ADI 4191](#), rel. min. Roberto Barroso, j. 22/5/2020; [ADI 5483](#), rel. min. Alexandre de Moraes, j. 14/2/2020; [ADI 5117](#), rel. min. Luiz Fux, j. 13/12/2019; [ADI 4418](#), rel. min. Dias Toffoli, j. 15/12/2016.

[3] *"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. (...)*

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

"Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente."

[4] *"Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.*

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

*Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos."*

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-dez-21/opiniaop-l-42532020-artigo-inconstitucional/>