

CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES

Ivan Barbosa Rigolin
(jul/23)

I – A cinco meses do anunciado fim da Lei nº 8.666/93 e da vigência exclusiva da Lei nº 14.133/21, ao examinarmos dispositivos como os arts. 169 a 171 da última outra vez o sifonáptero se instala no retropavilhão auricular ⁽¹⁾, e a todos assaltam fundadas razões para somente acreditar na previsão temporal assim que ela vier a acontecer no mundo real. *O só acredito vendo* nunca esteve tão presente no direito brasileiro.

Esses citados artigos disciplinam – ou imaginam que disciplinam – o controle das contratações públicas realizadas com base na Lei nº 14.133/21.

E outra vez o inacreditável entra em cena, nesta ilha-da-fantasia-sem-fim.

Transcrevemos apenas o art. 169, e o panorama de mais esta pantomima da nova lei restará evidenciado:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas

¹ A pulga atrás da orelha.

ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

§ 1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o **caput** deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e 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, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas.

§ 2º Para a realização de suas atividades, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aos documentos

classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa tornar-se-á corresponsável pela manutenção do seu sigilo.

§ 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do **caput** deste artigo observarão o seguinte:

I - quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis;

II - quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

E não se imagine que os arts. 170 e 171 consertam o ambiente, porque eles apenas dão sequência a este teatro de utopias, sonhos e impossibilidades materiais e operacionais que a lei desfila. Pode ser bem intencionado o dispositivo, e o é, mas lhe

falta o senso da realidade da Administração pública, e as regras não são viáveis em país algum do conturbado planeta, nem hoje, nem amanhã nem nunca.

II – O *caput* inicia bem, com preceptivos comandos que são claros e realísticos, porém a seguir embarafusta por uma indecifrável lista de *linhas de defesa*, inspirada talvez em regras do controle interno mas que plasmada em uma lei atordoa o incauto leitor, o qual nesse átimo talvez venha a sentir-se como o canídeo familiar que desaba do caminhão logístico, em plena mudança residencial de seus proprietários, tutores ou curadores. Embaraçoso.

São os incs. I a III, que traçam da primeira à terceira linha de defesa, porém ... defesa *de quem* ? Quem estaria se defendendo ? Resposta: as contratações públicas !

Neste mundo selvagem de hoje em dia todos precisam se defender de tudo e de todos com unhas e dentes, de modo que também as contratações públicas parecem precisar aferrar-se a várias linhas de defesa ... A primeira se integra de servidores, a segunda de assessores e controladores, e a terceira do controle interno central e do Tribunal de Contas, reza o texto (incs. I a III).

Senhores leitores: alguém precisa de algo assim ? A quem veio isto, de onde quer que seja e ao título que for ?

Que falta fez ou faz, indaga-se, a programação das linhas de defesa das empresas contratadas pelo poder público, quando acaso os contratos são inquinados de irregulares pelas autoridades de controle ?

Em que mundo gravita o legislador ? Está na Terra, está no Brasil ?

Não se apercebe de que suas previsões, como acaso esta, são completamente despropositadas, sem a mínima necessidade teórica ou operacional, e sem sentido prático nenhum ? Puro exibicionismo fracamente intelectual, lembram o cavaleiro da triste figura – vertido ao plano do direito.

Ora, se alguma empresa precisar defender o contrato que celebrou com o ente público, então por primitiva lógica e gravitação natural fá-lo-á tão somente com os elementos fáticos e jurídicos de que disponha, alinhando-os organizadamente ante o acusador e esperando que este tenha o bom-senso de os apreciar de modo isento e profissoinal. Sim, porque, se não o fizer, a seguir o Judiciário irá fazê-lo com rigorosa certeza, na ação que virá.

Não se está aqui advogando pelo contratado, seja bom, seja mau, mas pelo direito de todos, e pelo contraditório indispensável.

Então, a lei pretender ensinar ao contratado como se defender, ou ensinar ao ente público como acusar ... pouco existe no direito de mais ridículo.

Conclusão: a defesa dos contratos públicos continuará sendo exercido como sempre foi, com base nos elementos constantes do ajuste e nos fatos ocorridos durante a execução, e não se sujeitarão a estas doidivas ‘linhas de defesa’, que o autor da ideia fracamente deve imaginar o que sejam porque ninguém o sabe, nem sabe como esta previsão poderia ser útil para contratante, contratado ou outro interessado.

Ai do fiscal ou agente de tribunal de contas que um dia pensar em atuar de acordo com este poema, pois que não dará um passo em seu mister profissional.

III – O § 1º dá sequência ao teatro abstrato. Não diz coisa com coisa, não fecha nada com nada, não encerra qualquer comando de mínima objetividade.

Trabalha apenas com conceitos indeterminados, abertos, vagos e subjetivos, que além impossíveis de executar são impossíveis de avaliar.

São *vana verbis*, palavras gratuitas e perdidas ao vento. Contêm preceitos elogiáveis, porém que todos conhecem desde que existe o direito público e os quais não têm condição de deixar de ser preceitos, dignos sem dúvida, excelentes para teses acadêmicas de quem já tem a vida garantida porém sem a mínima utilidade prática para quem precisa trabalhar.

IV – O § 2º reinventa a roda uma vez mais na legislação brasileira, ‘assegurando’ acesso irrestrito, pelos órgãos de controle, a documentos públicos.

É de imaginar que antes desta lei os entes de controle não tinham acesso aos documentos, e talvez precisassem mover ações judiciais para obtê-lo.

A garantia daquele acesso já está assegurada a cada criação de cargo ou órgão de controle das contas públicas, desde a primeira criada e até a última que um dia seja instituída. Esse acesso

é a única razão de existir dos órgãos de controle interno da Administração.

V – Encerra o muro das lamentações licitatórias relativas a este art. 169 o seu § 3º, que pretende ensinar aos controladores, em dez linhas, como trabalhar.

O inc. I menciona falhas formais, e atribui ao controlador a função de mitigar os riscos de novas ocorrências, preferencialmente por melhorar controles preventivos e com a capacitação dos agentes responsáveis.

Pergunta-se: o controlador *sabe fazer isso* ? Está capacitado para capacitar outros agentes ? Terá sido treinado para tanto ? Essa tarefa de capacitação compete a ele ou aos chefes do agente que cometeu a falha formal ?

O dispositivo baralha funções de agentes públicos, e erra rotundamente porque uma coisa é controlar e fiscalizar o trabalho que alguém realizou, e outra é ensinar a trabalhar; quem se incumbem de uma não deve ser incumbido da outra, porque funções diferentes acumuladas por uma só pessoa em regra não são bem desempenhadas.

Em outras palavras, quem capacita, quem ensina a operar, este não controla o resultado, assunto que tem outros titulares.

O inc. II do § 3º fecha o artigo, mais uma vez chovendo mo molhado. Informa que o controlador que tenha notícia de irregularidade danosa à Administração tem obrigação de

providenciar para a apuração e adoção de medidas cabíveis, assim como de remeter o apurado ao Ministério Público.

Tudo isto já está previsto no Código Penal, em cada estatuto local de funcionários, na lei de improbidade administrativa, nas leis orgânicas de tribunais de contas, e em diversos diplomas esparsos, nacionais, regionais ou locais.

A omissão do controlador na comunicação de danos ao erário, irregular sempre, pode configurar até mesmo cumplicidade penal, mas seguramente *não por força de leis de licitação*.

Quanto à específica obrigação de remeter documentos ao Ministério Público, nada há de mais questionável. O MP deve estar abarrotado de denúncias, comunicações e notícias que pela sua inconsistência ou má-fé evidente não merecem impulsionamento, quando muitas por certo não merecem nem sequer ser recebidas.

Fica a critério do fiscal e do controlador locais o juízo de oportunidade daquela remessa, até porque existem inumeráveis entes públicos que exigem rígida observância de hierarquia funcional, e de competências privativas a serem preservadas, para a comunicação do que quer que seja a outros entes públicos.

E nesse sentido não é mansa nem inquestionável a competência dos agentes de controle e de fiscalização para fazê-lo, na medida em que, no assunto que for, o único representante do ente é a sua autoridade máxima, e não será lei nacional nenhuma que derrogará a autonomia administrativa dos entes

regionais e locais para organizar seus serviços e suas funções – como é esta de remeter documentação interna a outros entes públicos.

Imagine-se um Prefeito que um dia fique sabendo que existem dez denúncias formuladas contra agentes da Prefeitura sem o seu conhecimento, e dez procedimentos apuratórios pelo ente ministerial, os quais ignorava – com todas as consequências que essa desinformação pode ocasionar. O caos se instala sem aviso.

Tal questão, que já tem suscitado muitas ações judiciais para definição de poderes e de competências de cada ente estatal, é tudo menos pacífica.

Que a lei nacional estabeleça a obrigação para o ente de comunicar *crimes* de que tenha notícia está correto e não constitui novidade; no entanto, dentro do mesmo ente *quem* deve comunicá-lo não é assunto para lei nacional.

Se por outro lado se tratar de um eventual dano causado por demonstrada *culpa* (imprudência, negligência ou imperícia) de algum agente, e se esse dano foi por ele reparado, e se existir penalização administrativa para o caso, então obviamente inexistirá razão para o ente comunicar essa ocorrência, afinal puramente administrativa e sem dano remanescente, ao Ministério Público.

VI –Dos subsequentes arts. 170 e 17, sem descer às especificidades, afirma-se apenas que ingerem e interferem decididamente na administração interna dos entes públicos, o que é vedado pela Constituição, art. 25 para os Estados e art. 30 para os Municípios.

Não é nem será lei nacional nenhuma que dará a lista das competências e das atribuições dos agentes locais ou regionais afetos à fiscalização e ao controle. Ainda que genéricas na lei nacional o assunto escapa à competência da União, porque não existe licença constitucional (CF, arts. 21 a 24) para a lei nacional nem sequer fixar regras ou normas gerais de controle interno, muito menos ditar normas pontuais.

Os entes federados já as têm, especificadas organizadamente no mesmo ato que criou as funções de controle interno, e não têm de curvar-se a genéricas e dispersivas previsões da lei nacional de licitações e contratos – até porque aí o assunto é licitação e contrato e não controle interno, algo completamente distinto e que, insista-se, somente pode ser disciplinado por lei de cada pessoa de direito público interno para o seu exclusivo âmbito.