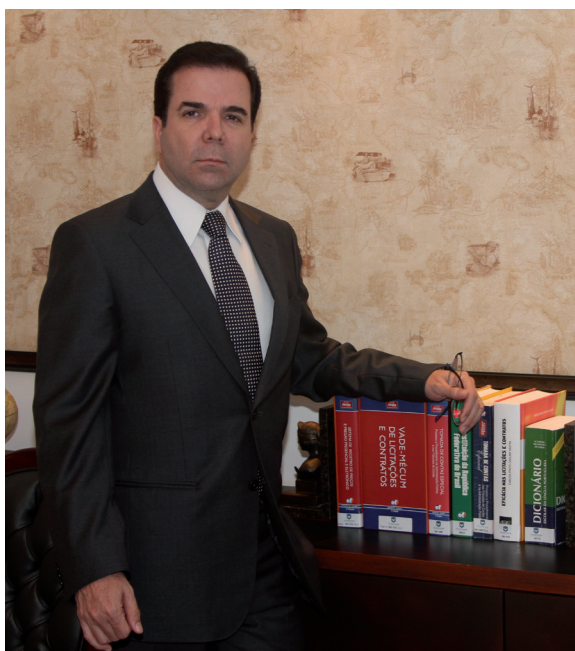


ENTREVISTA

PROFESSOR JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES



REVISTA DO TCEMG

A segunda edição da Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais tem a honra de entrevistar mais uma referência no Direito Administrativo, o Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que nos proporciona ensinamentos valiosos em temas como licitações, contratações públicas e controle externo.

O Prof. Jacoby já foi Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Procurador e Procurador-geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal e Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.

Atualmente é advogado, mestre em direito público, professor de direito administrativo, escritor, conferencista e palestrante. Entre os inúmeros livros publicados, podemos destacar: *Tribunais de Contas do Brasil, jurisdição e competência*; *Vade-mécum de Licitações e Contratos Administrativos*; *Sistema de Registro de Preços e Pregão*.

REVISTA DO TCE — Como V. Sa. avalia a lei que trata do regime diferenciado de contratações públicas (Lei n. 12.462/11)? Acredita que esta lei possa servir de inspiração para uma reforma na Lei n. 8.666/93?

O regime diferenciado de contratação (RDC) aproveitou muitas contribuições da jurisprudência dos tribunais de contas e de doutrina para aprimorar o regime licitatório no Brasil. Neste momento, o novo instituto enfrenta o processo natural que cerca o início de vigência da nova lei.

Saliente-se que a Lei do RDC possui alguns aspectos negativos, quais sejam:

- a) não deixa claro se o preço sigiloso pode ou não balizar os julgamentos;
- b) mantém o dever de parcelar, agora sem critérios;
- c) restringe-se a licitações de objetos que não são prioridades do Brasil, como, por exemplo, saúde, segurança e gerenciamento de obras do PAC.

Contudo, destacam-se alguns aspectos positivos da Lei n. 12.462/11:

- a) regulou a pré-qualificação e o sistema de registro de preços, e o fez muito bem;
- b) permitiu aliar a *expertise* do setor privado com a contratação integrada; transferiu para o setor privado o risco de elaborar projeto básico, vedando aditivo por erro de projeto quando o setor privado elaborar o objeto;
- c) regulou a possibilidade de inversão de fases;
- d) permitiu, como já ocorreu no pregão, manter o preço sigiloso;
- e) permitiu a redução de prazos e a implantação de recurso único.

Penso, porém, que essas e outras ideias podem motivar os Estados Federados a atualizarem suas leis de licitações como fez o do Maranhão, que, em março deste ano, editou um moderníssimo Código de Licitações e Contratos, por meio da Medida Provisória n. 117/2012.

REVISTA DO TCE — V. Sa. vê benefícios na criação de um Conselho Nacional dos Tribunais de Contas (CNTC)? Quais seriam eles?

Sim, pois se trata de um instrumento relevante para demonstrar transparência — que já era anunciada há mais de um século — na atuação dessas cortes.

Note, por exemplo, que a *Folha de São Paulo* publicou estudo no qual noticia que 48 ministros e conselheiros dos tribunais de contas brasileiros respondem a processos.

Fiz uma intensa pesquisa no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e verifiquei que, em 50 processos julgados envolvendo os ocupantes desses cargos, 26 foram arquivados em prol dos réus e 3 foram apenas parcialmente recebidos. Ou seja, 58% dos processos que tramitam no STJ contra membros dos tribunais de contas correspondem a denúncias, queixas, notícias-crime e/ou inquéritos com acusações falsas ou insuficientes, desprovidas de quaisquer provas concretas, por vezes fundamentando-se apenas em vagas reportagens jornalísticas ou especulações políticas.

Um conselho nacional vai permitir a uniformização de procedimentos e até a defesa institucional, fortalecendo o modelo no combate à corrupção. Além disso, se bem conduzido e gerido, será uma importante ferramenta para esclarecimento da sociedade.

REVISTA DO TCE — Tramita no Supremo Tribunal Federal a Reclamação n. 10.456, na qual o TCEMG habilitou-se como *amicus*

“O regime diferenciado de contratação (RDC) aproveitou muitas contribuições da jurisprudência dos tribunais de contas e de doutrina para aprimorar o regime licitatório no Brasil.”

curiae. A Reclamação versa sobre a interpretação dada na ADI n. 3.715 de que o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará não possui competência para julgar as contas de gestão ou atinentes à função de ordenador de despesas de chefes do Poder Executivo, nos termos do art. 71, II, da CF/88, mas apenas para emitir parecer opinativo, restando a competência para julgamento apenas das contas dos demais administradores e responsáveis. O que V. Sa. pensa sobre esta controvérsia?

Inicialmente merece encômios a iniciativa do TCEMG, que assume a liderança do processo de defesa da instituição dos tribunais de contas, na condição de *amicus curiae*. Sobre o mérito, na recém-lançada edição do livro TCE, sustento na p. 42, subitem 6.6.1, o seguinte:

O Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará faz a distinção entre contas anuais do Prefeito e contas de gestão.

Na primeira, estão as contas do Município; na segunda, os atos que o Prefeito na condição de ordenador de despesas pratica, sem privilégio de foro.

As contas anuais são julgadas pelo Poder Legislativo; as contas de gestão, como as de qualquer ordenador de despesa são julgadas pelo Tribunal de Contas.

O procedimento é sem dúvida tecnicamente mais correto porque distingue a função política do cargo daquela que o Prefeito, por sua própria iniciativa decide praticar, assinando cheques e ordenando pagamentos.

REVISTA DO TCE — Recentemente, foi aprovada pela Assembleia do Estado de Minas Gerais a LC n. 120/11 que prevê o Termo de Ajustamento de Gestão, instrumento que viabiliza ao gestor a possibilidade de regularizar atos e procedimentos sujeitos ao controle externo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Considerando o TAG como instrumento de controle consensual, V. Sa. acredita que a consensualidade possa ser um caminho eficaz para o exercício do controle?

O Estado de Minas Gerais tem dado exemplos ao País de gestão moderna e inovadora. Em 2008, instituiu o sistema de registro de preços permanente. Agora consagra em lei um notável instituto construtivo da consensualidade, que é o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG). Conheci essa extraordinária ferramenta nas lições do Professor Luciano Ferraz, que ilustrou as letras jurídicas dessa Corte em obra coletiva coordenada por Carlos Pinto Coelho Motta. É necessário, porém, que não se permita o desvio desse instrumento como, por exemplo, aceitar TAG para ser cumprido por sucessor do gestor público ou para anular

“ O ajustamento de deveres consensualmente progressivo representará extraordinário avanço para a gestão e o controle. Os novos paradigmas que afastarão a sumária e estéril punição poderão contribuir para uma nova aurora de compromisso sério e responsável dos gestores. ”

deveres legais. O ajustamento de deveres consensualmente progressivo representará extraordinário avanço para a gestão e o controle. Os novos paradigmas que afastarão a sumária e estéril punição poderão contribuir para uma nova aurora de compromisso sério e responsável dos gestores.

REVISTA DO TCE — Além da criação de um Conselho Nacional dos Tribunais de Contas, muito se fala da elaboração de uma lei de caráter nacional que trate de processos no âmbito dos tribunais de contas. V. Sa. entende ser necessária a criação de uma lei processual única para os tribunais de contas? Por quê?

Sim, considero indispensável a criação, com urgência, de uma lei processual específica para os tribunais de contas. O ideal seria a criação de um código específico; porém essa espécie normativa demanda um rito legislativo diferenciado e muito mais lento. Assim, no momento podemos nos contentar com uma lei processual.

De qualquer forma, é necessária a criação de uma lei que especificamente discipline os ritos processuais das cortes de contas, pois, embora os tribunais de contas ordenem em suas próprias leis a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (CPC), este instrumento regula ritos processuais oriundos de relações cíveis, com direitos disponíveis. O CPC disciplina um processo de natureza triangular, em que duas partes antagônicas requerem ou litigam perante o juiz, terceiro desinteressado. Destaca-se, ainda, que, apenas em raras exceções, há oficialidade por parte do Ministério Público em processos cíveis.

Já nas atividades de controle exercidas pelas cortes de contas, a provocação pelo Ministério Público é intrínseca, o que até mesmo demanda a existência de um *Parquet* que atue em caráter especializado: o Ministério Público de Contas (MPC). Além disso, os conselheiros e os auditores não são meros expectadores, que aguardam inertes o impulso processual. Aqui, os interesses em jogo são indisponíveis, o que permite ao julgador decidir até mesmo além dos pareceres da auditoria ou das provocações do MPC. As decisões sempre visam aprimorar a gestão pública, prevenindo e/ou corrigindo erros.

Cabe ressaltar que o Estado Mineiro sempre ocupou a liderança nas modernizações procedimentais de controle. Por exemplo, quando a Doutora Maria Celeste dirigiu o órgão central de controle interno, conseguiu que o Conselho Nacional de Controle Interno (Conaci) apresentasse um anteprojeto específico para o processo do controle interno em nível nacional. Acredito que este anteprojeto tem boas iniciativas que podem ser

“[...] embora os tribunais de contas ordenem em suas próprias leis a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (CPC), este instrumento regula ritos processuais oriundos de relações cíveis, com direitos disponíveis.”

aproveitadas para fins de criação de uma lei que regulamente os processos de controle externo.

REVISTA DO TCE — Muito se questiona sobre a possibilidade de o Município, Estado ou Distrito Federal editar lei que reduza o número de modalidades licitatórias. V. Sa. é favorável a essa prática? Caso afirmativo, quais seriam os benefícios?

A Lei de Licitações, emanada do comando do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, restringe-se a ditar as normais gerais, admitindo às unidades federadas promoverem seus próprios regulamentos. Porém, nos dez primeiros anos após a publicação da Lei n. 8.666/93, não houve nenhuma outra sobre o tema.

Atualmente, há vários estados que têm lei própria sobre procedimentos licitatórios. O Maranhão, por exemplo, editou a Medida Provisória n. 117, de 3 de fevereiro de 2012, instituindo o Código de Licitações e Contratos do Estado. Esse diploma legal, que tive a honra de redigir com os servidores da Comissão Central de Licitação, previu: apenas quatro modalidades (concurso, leilão, concorrência e pregão); a possibilidade de inversão de fases; a forma eletrônica¹.

REVISTA DO TCE — É possível observar que muitos órgãos não se utilizam do Sistema de Registro de Preços (SRP). Por que V. Sa. acredita que isso aconteça?

A resposta para esta pergunta talvez seja a mera falta de conhecimento das facilidades dessa ferramenta [SRP]. Para a sua efetiva implantação, os tribunais de contas podem colaborar diretamente, recomendando o uso do SRP aos seus jurisdicionados e, inclusive, o treinamento dos servidores.

Ressalte-se que o Governo do Estado de Minas Gerais já editou o Decreto NDEG. 44.787/2008, implantando o Sistema de Registro de Preços Permanente (SRPP).

REVISTA DO TCE — Muitos consideram inconstitucional o instituto do “carona” previsto no art. 8º do Decreto n. 3.931/2001, além de não verificarem vantagens na utilização do mesmo. Como V. Sa. trata dessas questões e o que pensa sobre a figura do “carona”?

De fato, há muita oposição ao “carona”. Particpei do grupo de estudos que instituiu essa figura ao lado de servidores do Ministério do Planejamento,

¹ A íntegra da medida provisória está disponível em: <http://jacoby.pro.br/novo/uploads/licita_es_e_contratos/legis/dest/c_digo_de_licita_es_e_contratos_do_estado_do_maranh_o.pdf>.

“Parece-me irrazoável os gestores públicos se preocuparem com as vendas de um fornecedor — se vendeu muito ou pouco. Houve licitação? O preço é adequado? Essas deveriam ser as preocupações do gestor público.”

como Alan Kardec, Wesley Beier e outros. Não há nada de inconstitucional em realizar uma licitação informando ao mercado — princípios da publicidade e da isonomia — que o vencedor terá seu preço registrado, podendo fornecer a quantidade licitada. Além disso, com o “carona”, o gestor deixou de ser refém de mercados cartelizados, podendo servir-se de licitações de qualquer outro órgão. Contudo, a grande revolução está a caminho: intenção de registro de preços (IRP)².

Parece-me irrazoável os gestores públicos se preocuparem com as vendas de um fornecedor — se vendeu muito ou pouco.

Houve licitação? O preço é adequado? Essas deveriam ser as preocupações do gestor público. Não raro, há compra de uma unidade de um objeto pelo preço registrado de centenas.

REVISTA DO TCE — Sabe-se que muitas mudanças têm sido implementadas em razão de novas interpretações dadas à Lei n. 10.520/02, que trata do pregão. Quais mudanças V. Sa. considera mais relevantes? V. Sa. entende que, para o futuro, pode-se falar em uma “ditadura” do pregão?

O pregão tem sido referido como a modalidade que representa celeridade, transparência, economia. Tive oportunidade de sugerir, na edição da segunda versão da medida provisória que o implantou (MP n. 2.026/2000), a prévia qualificação do pregoeiro. Na verdade, esse é um ponto relevante para o sucesso do pregão. Na Lei n. 8.666/1993, art. 51, há igual comando, que não é observado, impondo-se a tarefa de licitar a servidores. Sem a necessária qualificação, nenhuma das virtudes do pregão prevalece.

O pregão pode garantir qualidade se o edital for bem elaborado, e o pregoeiro for encorajado a desclassificar as propostas inexequíveis e as desconformes com o edital. Já houve pregões em que o objeto foi adjudicado ao 19º classificado. Não se deve condenar a “moda” do pregão, mas licitações que não gerem qualidade e preço justo.

REVISTA DO TCE — V. Sa. entende que os sistemas auxiliares de licitação como o Sistema de Registros de Preços, o Credenciamento e a Pré-qualificação são institutos aptos a alcançar maior vantagem nas contratações administrativas? Por quais razões?

A nomenclatura — sistemas auxiliares da licitação — foi elaborada por nós quando integramos o grupo de trabalho encarregado pelo Ministério

“O registro de preços pode por fim na insana rotina de todos os anos abrir processos licitatórios para comprar as mesmas coisas.”

² Sobre “carona” e intenção de registro de preços (IRP), consulte <www.jacoby.pro.br>.

do Planejamento de rever a Lei n. 8.666/1993. Esses três temas foram mal regulados na lei geral de licitações.

O SRP só é tratado no art. 15; a pré-qualificação no art. 114 e o credenciamento nem é disciplinado em lei. Na jurisprudência, contudo, tiveram importante delineamento. Comprova-se desse modo, a lição germânica de hermenêutica que o bom intérprete aperfeiçoa a norma. O registro de preços pode por fim na insana rotina de todos os anos abrir processos licitatórios para comprar as mesmas coisas. Quando Minas implantou o Registro de Preços Permanente permitiu a atualização anual na tabela de preços licitados criando ferramental jurídico para colocar a licitação como atividade-meio da Administração. A pré-qualificação de licitantes e de objetos seleciona previamente os competidores e a qualidade do que será licitado sendo imprescindível todavia uma adequada regulamentação. Já o credenciamento poderá fomentar o mercado pela pluralidade de contratos como já ocorre com a rede de atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS).

REVISTA DO TCE — Em face da realidade fática da Administração Pública brasileira, em especial nos Municípios, qual a sua opinião sobre a “avalanche” de ações de improbidade propostas pelo Ministério Público?

O Ministério Público, extremamente valorizado pela Constituição Federal de 1988, vem assumindo, ao lado do Tribunal de Contas, importante espaço na sociedade em prol do resgate dos valores republicanos. Ao contrário, porém, do Tribunal de Contas, que conta com um corpo técnico, permanente e altamente qualificado, o Ministério Público atua com independência de órgãos ou membros, dependendo para firmar seu juízo de análise do titular do cargo. Esses profissionais são formados em uma única ciência — o Direito —, sendo que as faculdades pouco enfatizam o Direito Administrativo. Para se ter uma ideia, quando fiz minha graduação, a disciplina Direito Administrativo teve a carga horária de 60 horas/aula, sendo que apenas 4 delas eram destinadas ao estudo de licitações; o Direito Financeiro nem sequer abordou nota de empenho. Decorridos mais de 30 anos, pouca coisa mudou.

Assim, há um grande erro ao criticar o Ministério Público pela falta de sensibilidade. Falta conhecimento técnico; falta a visão completa da gestão pelo “tempero” do controle da legitimidade e economicidade na aplicação do princípio da legalidade. O exagero do uso da ação de

“O Ministério Público, extremamente valorizado pela Constituição Federal de 1988, vem assumindo, ao lado do Tribunal de Contas, importante espaço na sociedade em prol do resgate dos valores republicanos.”

improbidade como instrumento do controle judicial vem desgastando essa ação e o próprio Ministério Público. Alguns setores do MP, porém, vem harmonizando suas diretrizes com o Tribunal de Contas sendo expressivos os avanços na efetividade do controle. Um exemplo fixará melhor essa perspectiva. O Ministério Público processou criminalmente um prefeito que adquiriu combustível sem licitação; o STJ, mesmo reconhecendo a regra geral da independência das instâncias administrativa e judicial, houve por bem conceder *habeas corpus* ao prefeito, trancando a ação penal porque o Tribunal de Contas julgou regular a compra, pois só havia um posto de abastecimento na cidade e não seria razoável sobrepor à licitação a prática de ato antieconômico de obrigar o deslocamento a longas distâncias para abastecimento. Note que o STJ acolheu o entendimento do Tribunal, mas se o MP tivesse atentado para a realidade e os fatos que embasaram a decisão do Tribunal de Contas não teria se desgastado e gasto recursos públicos com uma ação absolutamente ilógica e irrazoável. A integração entre o Tribunal de Contas e o Ministério Público e a consideração maior desse em relação ao que aquele decide pode mudar a feição do controle no país.

REVISTA DO TCE — Como V. Sa. compreende a questão subjetiva da conduta do agente para a sua responsabilização em processos de Tomadas de Contas Especiais?

Por um lado, a Constituição garantiu ao cidadão a responsabilidade objetiva do Estado; de outro, no mesmo dispositivo, impôs ação regressiva contra o agente público quando caracterizada a responsabilidade subjetiva. Para concretizá-la, a Administração dispõe de vários instrumentos, desde a sindicância, o processo administrativo e também a tomada de contas especial. Mas é importante que esta não seja banalizada, pois os tribunais de contas não podem fazer as vezes do controle interno, obviando o princípio da autotutela.

REVISTA DO TCE — Quais são as perspectivas que V. Sa. enxerga para as contratações da Administração Pública?

O Brasil tem condições de ser exemplo para o mundo em termos de licitações e contratos. Temos o melhor sistema de apuração das eleições do mundo. Temos um dos melhores padrões de ônibus escolar do mundo. O Instituto Nacional do Câncer estará construindo um hospital de referência. O Centro Administrativo de Minas é modelo. O pregão é hoje estudado por vários países. Tudo isso só foi possível por meio de licitação, o que demonstra o progresso de nosso País nesse tema.

“ Um tribunal vocacionado para a interpretação literal da lei não encoraja a superação de novos desafios pelo gestor. O TCEMG, em muitos pontos, é referência para o Brasil: teve a primeira escola de contas e há muitos anos investe na precedência de orientar antes de punir. ”

Em Minas, a Cemig usa, com sucesso, o Sistema de Registro de Preço Permanente, idealizado pela Secretária Renata Vilhena e mantido pelo Governador Antonio Anastasia.

O Sistema de Registro de Preços Permanente e o pregão precedido de pré-qualificações técnicas irão melhorar a competição. A outra seara que necessita evoluir é a gestão de contratos: recentemente, o STJ instituiu o melhor manual de gestão de contratos do Brasil, explicando detalhadamente a função de juiz.

O controle tem relevante função nesse cenário futuro: avaliando a gestão, compete-lhe contribuir para o aperfeiçoamento do processo decisório e ocupar a vanguarda no ideário da busca da excelência. Um tribunal vocacionado para a interpretação literal da lei não encoraja a superação de novos desafios pelo gestor. O TCEMG, em muitos pontos, é referência para o Brasil: teve a primeira escola de contas e há muitos anos investe na precedência de orientar antes de punir.

No ano passado, apenas a modalidade eletrônica do pregão respondeu por R\$ 12,2 bilhões (73,7%) do valor de bens e serviços comuns licitados e por 33.972 (79,4%) processos de compra dos procedimentos. O uso indiscriminado do pregão não pode ensejar a perda da qualidade; não é suficiente comprar “barato”; está no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.666/93 que o gestor deve primar pela qualidade. No Código de Licitações do Estado do Maranhão não mais se usam comitê e tomada de preços, mas ao lado da concorrência foi permitido o uso do pregão antecedido de qualificação técnica dos licitantes e o do objeto. São cenários promissores. Por outro lado, o TCU já admitiu o uso do pregão reverso para alienação de áreas, associando a figura do leilão com as vantagens do pregão.

Aos poucos, os sistemas de seleção da proposta mais vantajosa e da gestão de contratos estão evoluindo. Com o progresso dos institutos, a adesão aos princípios republicanos, a melhor qualificação técnica dos servidores públicos, as licitações deixarão de ter o enlevo da atualidade. O sistema eletrônico simplificará cada vez mais o processo de contratação.

“ O uso indiscriminado do pregão não pode ensejar a perda da qualidade; não é suficiente comprar “barato”; está no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.666/93 que o gestor deve primar pela qualidade. ”

Por: Cláudia Costa Araújo, Leonardo de Araújo Ferraz, Diego Felipe Silva Abreu de Melo e Silvia Costa Pinto Ribeiro de Araújo.