



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO  
GABINETE DA PRESIDÊNCIA



São Paulo, 16 de setembro de 2014

Ofício GP nº 3359/2014

30 SET 2014  
Comissão de Constituição  
Justiça e Cidadania

Junte-se ao processado do  
PLS  
nº 559, de 2013

Em 21/10/14

Senhor Presidente

Em atenção ao Projeto de Lei do Senado N° 559, de 2013, tenho a honra de encaminhar, para conhecimento de Vossa Excelência, cópia de manifestações produzidas nos autos do processo TC-A-17.458/026/02, autuado para abrigar estudos relativos à modernização da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de relatoria presidida pelo e. Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho.

Na perspectiva de que os inclusos documentos possam, eventualmente, subsidiar os trabalhos a cargo das duntas Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania, de Serviços de Infra-Estrutura e de Assuntos Econômicos desse Colendo Senado Federal, reafirmo, no ensejo, votos de respeito e de distinta consideração.

**EDGARD CAMARGO RODRIGUES**  
PRESIDENTE

Excelentíssimo Senhor  
**RENAN CALHEIROS**  
DD. Presidente do Senado Federal  
Brasília - DF

DMC/SEDEX

ENDEREÇO: Av. Rangel Pestana, 315 - Anexo I - 6º andar - Centro - SP - CEP: 01017-906  
FONE: 3292-3266 - INTERNET: www.tce.sp.gov.br

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO  
JUSTIÇA E CIDADANIA - CCJ

Recebido em 22/10/14  
Hora: 15:00

PLS 559 DE 2013

Willy da Cruz Moura - Matr. 221275  
CCJ-SF

Fl. 13



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO  
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



Processo:  
Assunto:

TC-A 017458/026/02

ACOMPANHAMENTO DE PROJETO DE LEI QUE (se transformado em norma) RESULTARÁ EM REVOGAÇÃO INTEGRAL DAS LEIS DE LICITAÇÕES E DO PREGÃO, E PARCIAL DA LEI DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

Em atenção ao ofício GP n. 06/2014, do E. Presidente, que considerou atuais as razões que justificaram a autuação de proposta sobre acompanhamento das alterações da Lei n. 8.666/93, TC-A 017458/026/02, e conveniente a retomada do acompanhamento do processo legislativo de Projeto de Lei que, se aprovado, instituirá novas normas para licitações e contratos da Administração Pública, constato que a mencionada proposição é de autoria de Comissão Temporária criada pelo Presidente do Senado para "Modernização da Lei de Licitações e Contratos" e recebeu o número 559 (PLS – Projeto de Lei do Senado n. 559, de 2013), encontrando-se agora na fase de recebimento de emendas perante a Mesa do Senado entre os dias 03/02/2014 e 07/02/2014, conforme documentação ora juntada.

Em cumprimento ao considerado pelo E. Presidente e dando prosseguimento à instrução do processo TC-A 017458/026/02, entendo que a Comissão encarregada do acompanhamento da tramitação, coordenada pelo senhor Secretário-Diretor Geral, deva apresentar relatório sobre a proposta legislativa em tramitação no Senado, com enfoque principal às alterações que possam usurpar ou modificar as atuais atribuições desta Corte de Contas para que, em momento oportuno, se for o caso, o Tribunal também contribua para o aprimoramento do PLS 559/2013.

Considerando que já foi deflagrado o processo legislativo da propositura, indico prazo de 30 dias para a Comissão apresentar o mencionado relatório.

Retornem os autos à SDG.

G.C., em 05 de fevereiro de 2014.

**DIMAS EDUARDO RAMALHO**  
**CONSELHEIRO**

(21)

1



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA-DIRETORIA GERAL



**PROCESSO:** TC-A 17458/026/02

**INTERESSADO:** Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

**ASSUNTO:** Grupo de Estudos visando ao acompanhamento de anteprojeto de lei que tem por objetivo alterar a atual Lei de Licitações - Lei nº 8.666/93

**RELATOR:** Dimas Eduardo Ramalho

Senhor Relator,

Tratam os presentes autos do acompanhamento de propostas legislativas visando alterações na legislação de licitações.

Nesta oportunidade, os autos retornam a esta SDG para elaboração de relatório a respeito do Projeto de Lei do Senado 559/2013 (PLS 559), que poderá instituir novas normas para licitações e contratos da Administração Pública, com previsão de revogação da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), da Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão) e, bem assim, de uma série de dispositivos da Lei nº 12.462/11 (Regime Diferenciado de Contratações), além de outras providências.

Recentemente<sup>1</sup>, referido PLS teve o seu texto divulgado, restando pendente a apreciação de emendas, prosseguindo, depois, para a Câmara dos Deputados, momento em que será possível a apresentação de novas emendas.

Compartilhando da opinião externada por Vossa Excelência, e consoante contribuições apresentadas pela Chefia de ATJ, Assessoria de SDG e o Gabinete de V. Exa, penso ser oportuno, neste momento, concentrarmo-nos tão somente nos dispositivos que possam de alguma forma impactar diretamente na atividade deste Tribunal, e que, portanto, demandam acompanhamento mais imediato.

<sup>1</sup> Publicado no DSF em 19/12/2013



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA-DIRETORIA GERAL



Digo isto porque verificam-se prescrições que determinam como serão os procedimentos dos órgãos de controle, imiscuindo-se sobremaneira em suas atividades, ou, ainda, restringem a sua atuação; tais disposições normativas parecem mitigar o poder-dever das instituições que controlam e fiscalizam os gastos públicos, o que se distancia do interesse público.

Alguns dispositivos representam ameaça à autonomia constitucionalmente atribuída às Cortes de Contas, conforme disposto nos artigos 71 e 73 da Carta Magna, que, dentre outras, prevê como competências privativas dos Tribunais a elaboração de seus Regimentos Internos e a organização e funcionamento de seus serviços; da mesma maneira, novas regras parecem limitar poderes e independência dos órgãos de controle externo, em possível afronta ao artigo 70 do mesmo diploma.

E, por inviabilizar o pleno exercício das competências definidas pelo constituinte, as previsões podem, inclusive, prejudicar o sistema constitucional de freios e contrapesos, ferindo a cláusula pétrea que protege a separação dos poderes prevista no artigo 60, § 4º, III da Constituição Federal.

Nesse contexto, qualquer dispositivo que atinja de forma reflexa esse sistema de valores, deve ser tido por inconstitucional, merecendo adequação.

Diante deste cenário, e considerando que esta Corte de Contas Paulista pode contribuir para o aprimoramento do novel regramento, submeto à Vossa Excelência os comentários consignados neste relatório, propondo, ainda, prévia ciência aos demais eminentes Conselheiros para a adoção das medidas que se mostrem eventualmente necessárias.

Naturalmente, o presente relatório não impede que futuramente sejam lançados outros apontamentos em relação ao texto do diploma, inclusive porque, numa análise perfunctória, vislumbram-se inúmeros outros dispositivos passíveis de questionamentos de toda ordem, a exemplo do art. 1º, §§1º e 3º; art. 5º, art. 7º; art. 19, §§ 2º e 3º; art. 24, §3º; art. 36; art. 41; art. 43, §2º; art. 43, §5º; art. 50; art. 52; art. 57, I e II; art. 64; art. 65; art. 70, §2º; art. 70, §4º; art. 73; art. 75, §5º; art. 80, § 1º; art. 83, II; art. 92, §3º; art. 94, §2º; art. 96, §§ 2º e 3º; art. 100, parágrafo único; art. 105, §8º; art. 111, §§ 1º, 2º e 3º; art. 121; art. 122; art. 123; art. 125; art. 126, "caput" e §3º;



258

**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SECRETARIA-DIRETORIA GERAL**



art. 128; art. 130, §3º; art. 132; art. 134; art. 135; art. 136, III; art. 136, §§ 1º e 2º; e, art. 149.

Por último, verifico que na Casa existem outros processos<sup>2</sup> que se relacionam com o tema em debate, e, caso sejam reunidos, podem servir de panorama histórico para a matéria, motivo pelo qual deixo ao alvedrio de Vossa Excelência a determinação para que passem a tramitar conjuntamente.

Segue o relatório com o rol dos dispositivos que, por ora, merecem prementes comentários.

**Art. 11, "caput", § 1º e 2º**

"Art. 11. Os órgãos de controle levarão em consideração, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis pela execução.

§ 1º As razões de que trata este artigo poderão ser encaminhadas aos órgãos de controle antes de concluída a etapa de instrução do processo, sem prejuízo de juntadas posteriores de documentos, e deverão acompanhar os autos até seu trânsito em julgado.

§ 2º A omissão na prestação das informações não impedirá as deliberações dos órgãos de controle, nem retardará a aplicação de qualquer de seus prazos de tramitação e deliberação".

Levar em consideração as razões de defesa antes de concluída a etapa da instrução processual é prática que já

<sup>2</sup> TCA 5446/06/11 (Medida Provisória 495/2010, convertida na Lei nº 12349/2010 - alterações na Lei de Licitações), TCA 21994/026/11 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC - Regras específicas para licitações contratos de obras e serviços relacionados à Copa do Mundo 2014 e Jogos Olímpicos 2016), TCA 7363/026/07 (Alteração do Dispositivo da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, TCA 8773/026/07 (Cópia do Projeto de Lei nº 18/2007 objetivando alterações na Lei nº 6544 de 22/11/1989 que dispõe sobre o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos pertinentes a obras, serviços, compras e alienações), TCA 17458/026/02 (Grupo de Estudos visando o acompanhamento do Anteprojeto de alteração da Lei de Licitações, aberto para consulta pública em 2002), TCA 13720/026/93 (Análise e Implicações da Nova Lei de Licitações) e TCA 47477/026/90 (Incidente de Constitucionalidade da Lei Estadual nº 6.544/90)



277

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA-DIRETORIA GERAL



deveria ser amplamente adotada por todas as Cortes de Contas do país, até porque, independente de prescrição legal, decorre dos constitucionais direitos ao contraditório e à ampla defesa.

Todavia, o § 1º, ao prescrever "sem prejuízo de juntadas posteriores de documentos" permite interpretação no sentido da possibilidade de apresentação de documentos de forma ampla e irrestrita.

Assim, a nova regra, no que toca aos aspectos procedimentais, poderá conter eventual divergência com a normatização processual que cada Corte de Contas esteja obrigada a observar por força de suas respectivas Leis Orgânicas.

Neste aspecto, as prescrições praticamente determinam como devem proceder os órgãos de controle externo no exercício de sua função, o que parece mitigar a autonomia constitucionalmente atribuída às Cortes de Contas, conforme artigos 70 a 73 da Carta Magna, que, dentre outras, prevê como competências privativas dos Tribunais a elaboração de seus Regimentos Internos e a organização e funcionamento de seus serviços.

Demais disso, infinitas juntadas de documentos, a qualquer tempo, importam em verdadeiro tumulto processual, além de ensejar eventuais protelações propositais.

Por exemplo, em sede de recurso esta regra tornar-se-á um empecilho, pois para nada servirá o prazo recursal, uma vez que serão irrestritas as possibilidades de apresentação de documentos, além de se postergar indefinidamente a decisão.

Desta forma, o dispositivo reclama adequação ao texto constitucional.

Art. 12, I e II

"Art. 12. Na fiscalização de controle serão observados o seguinte:

I - oportunidade de manifestação aos gestores sobre possíveis propostas de encaminhamento que terão impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados, a fim de que se possa



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA-DIRETORIA GERAL



500

avaliar previamente a relação entre custo e benefício dessas proposições;

II - adoção de procedimentos objetivos e imparciais e elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle, evitando que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e tratamento dos fatos levantados;

(...)"

Assim como sinalizado no artigo anterior, é evidente que será observada oportunidade de manifestação dos gestores, pois isso decorre do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, tal como previsto no artigo 5º, LV da Constituição Federal. Da mesma maneira, os relatórios de fiscalização devem ser sempre elaborados de forma técnica e imparcial, em decorrência do princípio da impessoalidade, consoante a previsão do artigo 37, "caput" do mesmo diploma.

Todavia, a regra, tal como posta, parece desencorajar o controle externo, especialmente quando prevê que devem ser evitados "*interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e tratamento dos fatos levantados*"; tais critérios são demasiadamente subjetivos, de modo que o agente fiscalizador encontra verdadeira ameaça na hipótese normativa, em evidente desestímulo à sua atuação.

Dessa forma, o dispositivo fere a independência e o exercício do controle externo, em desrespeito ao artigo 70 da Constituição Federal.

Portanto, a parte final do dispositivo reclama supressão.

Art. 56, § 5º

"Art. 56. É inexigível a licitação quando for inviável a competição, em especial nos casos de:

(...)

§ 5º É vedado promover a contratação direta, no caso do inciso IV, para a execução de serviços técnicos



301

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA-DIRETORIA GERAL



profissionais especializados relacionados, direta ou indiretamente, a obras e serviços de engenharia ou arquitetura, ressalvados os casos singulares devidamente motivados e aprovados por consulta prévia ao Tribunal de Contas competente."

Inicialmente, a mencionada "consulta prévia" parece se afastar das funções constitucionalmente atribuídas aos Tribunais de Contas, na medida em que acaba por cometer aos órgãos de controle externo atividade *consultiva*, típica da iniciativa privada, a qual, à evidência, não se insere dentre suas atribuições previstas no artigo 71 da Constituição Federal.

Tais órgãos, em última instância, tornar-se-iam prévios avalizadores de atos administrativos, substituindo a atividade técnica (jurídica, sobretudo) inerente aos órgãos públicos, o que vai de encontro com suas incumbências precípua - fiscalizar e responsabilizar, passando a funcionar como órgãos consultivos da Administração.

Além de tratar-se de atividade estranha às suas competências constitucionais, há de se considerar que em um Tribunal de Contas como o do Estado de São Paulo, cuja jurisdição abrange todos os órgãos públicos de 644 municípios, seja da Administração direta ou indireta, além de todos os órgãos do âmbito estadual, incluídos o Executivo, o Legislativo, o Judiciário, e o Ministério Público: tratar-se-á de tarefa hercúlea, senão inatingível.

Assim, o dispositivo merece adequação, devendo ser suprimida a incumbência consultiva aos Tribunais de Contas.

Art. 93, "caput"

"Art. 93. A ordem de suspensão cautelar da licitação ou da execução do contrato é privativa da própria Administração, dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário, e sempre que for expedida deverá ser acompanhada de análise de impacto em que tenham sido ponderadas alternativas consideradas viáveis, com a avaliação de custo benefício de cada uma, de modo a indicar que a paralisação é a que melhor atende ao interesse público.

(...)"



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA-DIRETORIA GERAL



O "caput" destoa do contido no artigo 71, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, eis que a competência dos Tribunais de Contas limita-se à suspensão do ato (no caso, a licitação); ao contrário, a suspensão da execução do contrato, diferentemente do que foi previsto neste artigo, é de competência privativa do Poder Legislativo, cabendo aos Tribunais de Contas decidir a respeito tão somente se em 90 dias medidas não forem adotadas.

O artigo ainda prevê que a ordem de suspensão sempre que expedida deverá se fazer acompanhar:

*"[...] de análise de impacto em que tenham sido ponderadas alternativas consideradas viáveis, com a avaliação do custo benefício de cada uma, de modo a indicar que a paralisação é a que melhor atende ao interesse público".*

Referidas condições, reclamadas para o exercício da competência cautelar das Cortes de Contas, distanciam-se dos requisitos básicos e suficientes, típicos de medidas preventivas e liminares - o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* - apresentando-se, portanto, com potencial impeditivo ou, ao menos, inibidor, da ação prévia em defesa do erário e do interesse público, a ser exercida pelos órgãos de controle externo.

Por conter tais falhas, o dispositivo reclama supressão.

Art. 93, § 1º

"(...)

§ 1º A ordem de suspensão cautelar expedida pelo Tribunal de Contas, pela autoridade administrativa ou por órgão do Ministério Público que a requerer em juízo definirá objetivamente:

I - as causas da ordem de suspensão;

II - as condições para o prosseguimento da licitação, ou alternativamente, a ordem para anulação da licitação, por vício de legalidade;

(...)"



303

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA-DIRETORIA GERAL



O § 1º, ao regulamentar a ordem de suspensão cautelar do certame, o faz de forma confusa, eis que prevê sua expedição pela própria autoridade administrativa, pelo Tribunal de Contas e pelo Ministério Público, embora na sequência adote a expressão "que a requerer em juízo", dificultando a compreensão por parte do intérprete acerca da exata dimensão da competência que busca atribuir ao *Parquet*.

Além disso, há uma impropriedade conceitual no inciso II do referido parágrafo, uma vez que estende aos citados órgãos prerrogativa de definir a "ordem para anulação da licitação" (g.n.), por vício de ilegalidade, medida que somente caberia à própria Administração e ao Poder Judiciário.

Este raciocínio decorre da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal que assim prevê: "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial" (g.n.).

Por conter tais falhas, o dispositivo reclama supressão.

Art. 93, § 2º

"(...)

§ 2º O órgão que receber a ordem de suspensão terá o prazo de trinta dias para:

I - informar o acatamento da determinação, as providências que foram adotadas, inclusive quanto à eventual desmobilização, e, se for o caso, como procederá a apuração de responsabilidade;

II - apresentar recurso à decisão.

"(...)"

Ao mencionar que o órgão que receber a ordem de suspensão terá prazo de 30 dias para informar o acatamento da determinação ou as providências adotadas, ou, ainda, para apresentar recurso da decisão, o dispositivo sob exame interfere visceralmente na regulamentação processual das Cortes de Contas,



304

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA-DIRETORIA GERAL



eis que já possuem regras próprias, previstas em leis, estabelecendo prazos e procedimentos específicos.

Desse modo, o dispositivo interfere em temas de alçada Constitucional e, bem assim, em prazos já regulamentados por lei, acabando por limitar, inclusive, o juízo de conveniência do Julgador.

Ressalte-se que, ao menos no âmbito da Corte de Contas Paulista, quando da ordem de suspensão do certame, são fixados prazos mais estritos para a apresentação de justificativas (via de regra, 48 horas), justamente para que não haja prejuízo ao interesse público ante o atraso na conclusão do certame, sem falar nos prazos recursais, que, na referida Corte de Contas, são de 15 dias (Lei Complementar Estadual nº 709/93).

Portanto, o dispositivo reclama supressão.

Art. 93, §3º

"(...)

§ 3º Os editais que forem disponibilizados, previamente à abertura da sessão, por período superior a noventa dias, após notificação expressa ao órgão de controle, não poderão ter as respectivas licitações suspensas por inconformidades do edital.

(...)"

Trata-se de uma das prescrições que mais tolhe o exercício de competências constitucionalmente atribuídas aos Tribunais de Contas e aos órgãos de controle.

De sua leitura, infere-se, por exemplo, que caso uma Prefeitura disponibilize o edital ao Tribunal de Contas, em um prazo de 90 dias antes da sessão do certame, a Corte não mais poderá suspendê-lo, ainda que sejam verificadas graves ilegalidades.

Ora, a limitação importa em grave restrição ao exercício do controle externo e ao juízo do Julgador, em patente desrespeito ao artigo 70 da Constituição Federal.

Às Cortes de Contas foram atribuídos constitucionalmente poderes preventivos visando resguardar o



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SECRETARIA-DIRETORIA GERAL**



erário e o interesse público, caso vislumbre que estejam sob ameaça, de modo que devem ser rechaçados quaisquer mecanismos que impeçam o exercício destas prerrogativas constitucionais.

Demais disso, o dispositivo, ao determinar como serão os procedimentos internos dos órgãos de controle, adentra em alçada que seria de regulamentação interna, destoando dos artigos 71 e 73 da Carta Magna.

Limitações normativas dessa ordem chegam a interferir no sistema constitucional de freios e contrapesos e, bem assim, na separação dos poderes, o que é repudiado constitucionalmente no artigo 60, § 4º, III.

Ademais, tais órgãos, em última instância, tornar-se-iam prévios avalizadores de atos administrativos, conforme já dito alhures.

Outrossim, a expressão "órgão de controle" é extremamente vaga no contexto sob análise, não permitindo concluir a que órgãos de controle se refere (externo ou interno?); ademais, mesmo o Judiciário pode ser considerado órgão de controle externo em sentido amplo, razão pela qual, da forma com se encontra, o dispositivo está em patente desconformidade com o texto constitucional.

A reforçar os presentes argumentos, ressalte-se que quanto a este parágrafo o Senador Eduardo Matarazzo Suplicy apresentou a Emenda nº 08-Plen visando a sua supressão, justamente por reconhecer a inconstitucionalidade aqui proclamada.

Diante de todo o exposto, o dispositivo reclama supressão.

Art. 93, §§ 4º ao 6º

"(...)

§ 4º Não atendido prazo assinado com a determinação para a suspensão de contrato, deverá ser o fato noticiado ao respectivo Poder Legislativo para deliberação em caráter de urgência.

56



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA-DIRETORIA GERAL



§ 5º Equipara-se a suspensão cautelar do contrato, para os fins e efeitos deste artigo, com os mesmos requisitos e consequências a ordem de suspensão do pagamento ou da execução.

§ 6º É nula a ordem de suspensão da licitação ou do contrato que não preencher os requisitos definidos neste artigo."

Quanto a estes dispositivos estendem-se críticas consignadas já endereçadas ao "caput" do artigo sob exame.

Art. 66, §1º

"Art. 66. Incumbe ao órgão gerenciador, previamente ao certame de que trata esta Seção, realizar procedimento público de intenção de registro de preços para, nos termos de regulamento, possibilitar a participação de outros órgãos ou entidades na respectiva ata e determinar a estimativa total de contratação.

§ 1º As contratações com base na ata de registro de preços somente poderão ser efetuadas pelos órgãos gerenciador e participantes, salvo em casos devidamente justificados, inclusive quanto a não participação conforme o disposto no caput.

(...)"

O §1º do artigo 66, ao prescrever "*salvo em casos devidamente justificados, inclusive quanto a não participação conforme o disposto no caput*", dá azo à figura do "carona", procedimento que, dentre inúmeras falhas, acaba por impedir o pleno exercício do controle externo.

Isto porque, quando o ente de uma determinada esfera da federação adere à ata de registro de preços de outra esfera governamental, acaba por impedir a fiscalização do certame daquele Tribunal de Contas ao qual estava sujeito, embora os recursos públicos sejam próprios de sua jurisdição.

O mecanismo, portanto, importa em prejuízo ao controle externo, em desrespeito ao artigo 70 da Constituição Federal.

Assim, por exemplo, se um Município do Estado de São Paulo adere a uma ata de registro de preços de um Município



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA-DIRETORIA GERAL



de outro Estado, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo não poderá se pronunciar sobre a licitação, ainda que verifique que se processou com inúmeras ilegalidades, e vice-versa.

Demais disso, a jurisprudência deste Tribunal de Contas tem se posicionado contra o instituto do "carona", uma vez que importa em desrespeito a inúmeros princípios constitucionais, dentre os quais o princípio da licitação obrigatória, princípio da vinculação ao edital, princípio da isonomia, sem falar na possibilidade do gestor, de antemão, conhecer o vencedor de uma ata e, assim, optar ou não por contratá-lo, em franco direcionamento.

Esta Casa tem sido favorável à figura da "adesão prévia" (procedimento público de intenção de registro de preços, quando o órgão gerenciador e os participantes participam do próprio certame), entretanto, tão somente quando se tratar de entes da mesma esfera da federação; por exemplo quando uma autarquia municipal adere à ata de registro de preços da prefeitura municipal respectiva.

Por possibilitar a figura do "carona", deve ser suprimida a expressão "*salvo em casos devidamente justificados, inclusive quanto a não participação conforme o disposto no caput*".

Outrossim, sugere-se que a denominada "adesão prévia" seja adstrita à esfera de governo que realizou o certame, devendo portanto, ser acrescentada previsão da espécie ao dispositivo.

Portanto, o dispositivo deve ser adequado ao texto constitucional.

Art. 143, XI

"Art. 143. São crimes contra a regular execução do contrato:

(...)

XI - determinar suspensão da execução de contrato ou de pagamento em desacordo com as disposições desta Lei

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa."



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA-DIRETORIA GERAL



É evidente que qualquer medida cautelar exarada pelos órgãos de controle está sujeita ao princípio da legalidade, e, bem assim, a outros requisitos constitucionais e legais, sempre visando o interesse público e a preservação do erário.

Todavia, a exemplo do artigo 93, o dispositivo traz regra que reprime exercício de competências constitucionalmente atribuídas aos Tribunais de Contas.

Levando-se em conta que o tipo penal não conceitua o sujeito da hipótese, e considerando que a regra do "caput" do artigo 93<sup>3</sup> ao Tribunal impõe uma série de condições para a suspensão da execução do contrato<sup>4</sup> pelo órgão de controle externo, este dispositivo enseja que os julgadores dos Tribunais de Contas possam ser considerados sujeitos ativo do crime.

Ora, mais do que reprimir a independência e o pleno exercício das Cortes de Contas e dos órgãos de controle, a previsão representa violenta inversão ao regime constitucional inserto nos artigos 70 e 71 da Carta Magna, pois acaba por contextualizar a hipótese criminal ao próprio exercício do poder que foi atribuído constitucionalmente aos julgadores das contas.

Tal como sinalizado anteriormente, limitações normativas dessa ordem no controle externo chegam a interferir no sistema constitucional de freios e contrapesos e, bem assim, na separação dos poderes, o que é repudiado constitucionalmente no artigo 60, § 4º, III.

<sup>3</sup> "Art. 93. A ordem de suspensão cautelar da licitação ou da execução do contrato é privativa da própria Administração, dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário, e sempre que for expedida deverá ser acompanhada de análise de impacto em que tenham sido ponderadas alternativas consideradas viáveis, com a avaliação de custo benefício de cada uma, de modo a indicar que a paralisação é a que melhor atende ao interesse público.

(...)" (g.n.)

<sup>4</sup> O artigo 93 confere a prerrogativa de sustação da execução do contrato aos órgãos de controle, todavia, há uma impropriedade nesta questão, pois constitucionalmente (art. 70, X e §§ 1º e 2º) lhes é atribuída tão somente a competência para a suspensão de ato (*in casu* a licitação) e não do contrato, conforme comentários efetuados anteriormente no próprio artigo 93.



305

**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SECRETARIA-DIRETORIA GERAL**



Ressalte-se que, também, quanto a este inciso, o Senador Eduardo Matarazzo Suplicy apresentou a Emenda nº 08-Plen visando a sua supressão, o que robustece o presente raciocínio.

Diante de todo o exposto, o dispositivo reclama supressão.

Art. 150, §2º

"Art. 150. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

(...)

§ 2º Ressalvado o disposto no § 3º, art. 93 desta Lei, os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

(...)"

Embora reafirme a competência dos Tribunais de Contas para receber representações, bem assim solicitar documentos para exame editais de licitação, o faz ressalvando a hipótese prevista no § 3º do artigo 93 (aquela que praticamente blinda editais previamente submetidos aos Tribunais de Contas em prazo superior a 90 dias).

Assim, tal como assinalado em relação ao artigo 93, a previsão enfraquece sobremaneira a atuação do órgão de controle externo, em detrimento do artigo 70 da Constituição Federal, e, por isso, chega a interferir no sistema constitucional de freios e contrapesos e, bem assim, na



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SECRETARIA-DIRETORIA GERAL**



separação dos poderes, o que é repudiado constitucionalmente no artigo 60, § 4º, III.

Saliente-se que, quanto a este parágrafo, o Senador Eduardo Matarazzo Suplicy apresentou a Emenda nº 08-Plen, dando-lhe nova redação, sem a ressalva aqui objetada.

Portanto, deve ser suprimida a expressão "Ressalvado o disposto no § 3º, art. 93 desta Lei".

Esses são os comentários que, por ora, entendo pertinentes.

Reitero que pela premência de tempo e, da relevância do tema, a abordagem recaiu, como aliás acentuou Vossa Excelência, sobre as alterações que possam usurpar ou modificar as atuais atribuições desta Corte.

Contudo, deixo anotado que estamos lidando com outros dispositivos que, se não interferem em nossos procedimentos, modificam substancialmente nossa atual jurisprudência.

Diante do exposto, submeto o assunto à consideração de Vossa Excelência.

SDG, 12 de fevereiro de 2014.

SÉRGIO CIQUERA ROSSI  
SECRETÁRIO-DIRETOR GERAL

cclb/scjr



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO  
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



**PROCESSO:**  
**ASSUNTO:**

**TC-A 017458/026/02**

ACOMPANHAMENTO DE PROJETO DE LEI QUE, SE TRANSFORMADO EM NORMA, RESULTARÁ EM REVOGAÇÃO INTEGRAL DAS LEIS DE LICITAÇÃO E DO PREGÃO, E EM REVOGAÇÃO PARCIAL DA LEI DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES.

1. Os presentes autos referem-se, hoje, ao estudo e acompanhamento da tramitação legislativa do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013<sup>1</sup>, que, se aprovado, resultará na revogação integral das Leis de Licitação e do Pregão e na revogação parcial do Regime Diferenciado de Contratações.

2. Em atenção ao ofício GP nº 06/2014 do Exmo. Presidente, que considerou a conveniência da retomada do acompanhamento do processo legislativo do projeto que altera a Lei de Licitações (TC-17458/026/02, com Relatoria por mim herdada), e atualmente tratado no Projeto de Lei do Senado nº 559 de 2013, determinei o encaminhamento dos autos para o Grupo de Estudo já formado, até então encarregado do acompanhamento legislativo sobre a matéria e presidido pelo Secretário Diretor Geral.

3. O Grupo de Estudo, por seu presidente, exarou parecer (fls. 296/310) com primordial enfoque sobre as alterações que repercutiriam nas atribuições dessa Corte de Contas. De acordo com o mencionado parecer, 7 (sete) artigos atingiriam, de uma forma ou de outra, as atuais atribuições das Cortes e deveriam ser alterados ou mesmo suprimidos: **(a)** Artigo 11, "caput", § 1º e 2º; **(b)** Artigo 12, I e II; **(c)** Artigo 66 § 1º; **(d)** Artigo 93, "caput", §§ 1º ao 6º; **(e)** Artigo 143, XI; e **(f)** Art. 150, § 2º.

a) Artigo 11, "caput", § 1º e 2º - a imposição de que documentos podem ser juntados a qualquer momento fere a autonomia atribuída pelos artigos 70 a 73 da Constituição Federal, que prevê como competência privativa dos Tribunais a elaboração de seu regimento. Desse modo, referidos termos deveriam ser suprimidos do Projeto de Lei.

<sup>1</sup> Apresentado pela Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/93) - CTLICON



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO  
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



- b) Artigo 12, I e II - a vedação de que os relatórios de auditoria não apresentem interpretações tendenciosas não só é impertinente - tendo em vista os princípios constitucionais da impessoalidade - como também fere o artigo 70 da Constituição Federal que confere independência dos Tribunais. Desse modo, as expressões "*interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e tratamento dos fatos levantados*" deveriam ser suprimidas.
- c) Artigo 56, § 5º - a previsão de que os Tribunais de Contas deverão responder consultas prévias sobre a possibilidade de contratação direta impõe uma competência que tumultuaria o exercício das funções do Tribunal, além disso, uma Lei ordinária não pode impor uma atribuição que não foi prevista pela Constituição Federal. Portanto, referido parágrafo deveria ser suprimido.
- d) Artigo 66, § 1º - possibilita a figura do "carona" e importa em prejuízo ao controle externo em desrespeito ao artigo 70 da Constituição Federal. A expressão "*salvo em casos devidamente justificados, inclusive quanto a não participação conforme o disposto no caput*" deveria ser suprimida.
- e) Artigo 93 - confunde a suspensão da licitação com a suspensão da execução do contrato, impondo ônus intransponível para a suspensão da licitação e inviabilizando, na prática, o exame prévio de editais. Deveria ser suprimido o dispositivo todo.
- f) Artigo 143, XI - criminaliza a suspensão de contrato em desacordo com as disposições da Lei, tornando os agentes públicos que executam suas funções passíveis de serem investigados por crime. Parece que há interferência no princípio da separação de poderes.
- g) Artigo 150 - faz referência às limitações impostas pelo artigo 93, as quais são inconstitucionais, e ferem a autonomia da Corte.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO  
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



4. As observações elaboradas pelo grupo de trabalho são de extrema relevância em ordem a subsidiar o legislador para que não venha a infirmar as relevantes e constitucionais atribuições das Cortes de Contas, recebidas que foram do constituinte originário para consecução do controle externo, verdadeiro pilar de sustentação de um Estado Democrático de Direito, porquanto visa o controle dos gastos com dinheiro público.

Destaca-se, então, o efeito lesivo que seria gerado pelo disposto nos artigos 93 e 143, I, do mencionado projeto de lei.

Sob a perspectiva democrática dos pesos e contrapesos, a Constituição Federal conferiu aos Tribunais de Contas competência para que, na efetivação do controle externo da Administração, pudessem determinar a adoção de providências e sustar a execução de ato administrativo impugnado.

*“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:*

*IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;*

*X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;”*

Nesse sentido, a Lei nº 8.666/93 confere aos Tribunais de Contas competência para analisar a legalidade e regularidade dos atos convocatórios de Licitação antes da sessão pública e possam determinar, caso necessário, a sua correção. Confira-se:

*“Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.*

*(...)*

*§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO  
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



*órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.”*

Os Tribunais de Contas detém atribuição de, cautelarmente, determinar a suspensão do andamento de um certame para analisar se, no Edital, há ilegalidades. Trata-se do exame prévio de edital em que o Tribunal analisa se irá determinar a paralisação de um certame antes da abertura da sessão pública em razão, e.g., da existência, ou não, de cláusulas potencialmente restritivas à ampla competitividade, que, em princípio, deve presidir toda disputa licitacional, acompanhado da observância do princípio da igualdade de condições entre os concorrentes.

A atuação preventiva mediante exame prévio de edital é instrumento singular dos Tribunais de Contas para impedir a concretização de atos ilegais, em vez de se buscar a reparação por prejuízo já consumado.

5. O Projeto de Lei do Senado n. 559/13 impõe diversas alterações ao exame prévio de edital incluindo (i) novos requisitos legais para a concessão de medida liminar; e (ii) um procedimento fixo para o exame prévio de edital. Confira-se:

*“Art. 93. A ordem de suspensão cautelar da licitação ou da execução do contrato é privativa da própria Administração, dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário, e sempre que for expedida deverá ser acompanhada de análise de impacto em que tenham sido ponderadas alternativas consideradas viáveis, com a avaliação de custo benefício de cada uma, de modo a indicar que a paralisação é a que melhor atende ao interesse público.*

*§ 1º A ordem de suspensão cautelar expedida pelo Tribunal de Contas, pela autoridade administrativa ou por órgão do Ministério Público que a requerer em juízo definirá objetivamente:*

*I - as causas da ordem de suspensão;*

*II - as condições para o prosseguimento da licitação, ou alternativamente, a ordem para anulação da licitação, por vício de legalidade;*

*§ 2º O órgão que receber a ordem de suspensão terá o prazo de trinta dias para:*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO  
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



I - informar o acatamento da determinação, as providências que foram adotadas, inclusive quanto à eventual desmobilização, e, se for o caso, como procederá a apuração de responsabilidade;

II - apresentar recurso à decisão.

§ 3º Os editais que forem disponibilizados, previamente à abertura da sessão, por período superior a noventa dias, após notificação expressa ao órgão de controle, não poderão ter as respectivas licitações suspensas por inconformidades do edital.

§ 4º Não atendido prazo assinado com a determinação para a suspensão de contrato, deverá ser o fato noticiado ao respectivo Poder Legislativo para deliberação em caráter de urgência.

§ 5º Equipara-se a suspensão cautelar do contrato, para os fins e efeitos deste artigo, com os mesmos requisitos e consequências a ordem de suspensão do pagamento ou da execução.

§ 6º É nula a ordem de suspensão da licitação ou do contrato que não preencher os requisitos definidos neste artigo.”

A proposição inova ao: (i) regular de forma similar a suspensão do certame e a suspensão da execução de contratos; (ii) impor a necessidade de “análise de impacto em que tenham sido ponderadas alternativas consideradas viáveis, com a avaliação de custo benefício de cada uma” sob pena de nulidade; (iii) impor a necessidade de descrever na decisão inicial as condições para o prosseguimento da licitação, ou alternativamente, a ordem para anulação da licitação, por vício de legalidade; e ao (iv) impor novas limitações ao exame prévio.

Anote-se, desde já, que o *caput* do art. 93 do projeto faz inadequada abordagem ao tratar, conjunta e indistintamente, do exame prévio de edital e da suspensão de execução de contratos.

Sobre a primeira questão, é de se observar que uma decisão cautelar sobre a suspensão de uma licitação haverá de ser tomada com fundamento nas disposições do Edital, da legislação e da jurisprudência do Tribunal de Contas. E, no mais das vezes, tratar-se-á de decisão célere. Desse modo, impor, como pretende o projeto, que uma decisão cautelar realize uma análise custo/benefício de cada alternativa viável da situação, sob pena de nulidade, inviabilizaria a própria eficácia do exame prévio de edital.

A maior parte das representações de exame prévio de edital que este Tribunal recebe incide, justamente, sobre setores em que se tem detectado algum tipo de direcionamento como, e.g., merenda escolar, material escolar,



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



uniforme escolar, lixo, saneamento básico, construções e obras, prestação de serviços terceirizados. Incontroverso que a suspensão de certames nessas matérias tem potencial para gerar algum prejuízo à Administração. Mas, por outro lado, é de se indagar sobre o prosseguimento de editais constituídos de imposições ilegais restritivas que inibam a participação de interessados no certame e, pois, a própria seleção da escolha mais vantajosa para a Administração, eis que reduzido o universo de competidores.

Como antecipar, antes do certame, qual seria o prejuízo para a Administração, ou, *“o que melhor atende ao interesse público”*, como pretende a nova disposição legal? Trata-se de intrincada e exigente tarefa, vez que são inúmeras as variáveis que incidem na avaliação do *“preço que seria pago pelo Estado”* com a paralisação e *“o que se faria com os recursos poupados”*.

Desse modo, exigir que cada decisão de sustação de licitação venha acompanhada de uma análise do seu custo/benefício, sob pena de nulidade, equivale à pretensão de se provocar uma sensível redução da paralisação de licitações por irregularidades e ilegalidades detectadas.

Ademais, refoge da competência das Cortes de Contas uma análise que envolva custo/benefício da suspensão da licitação, bem como a apresentação de diferentes alternativas que seriam oferecidas para a Administração com base na análise do estágio de execução da obra e nos prejuízos concretos gerados pelas irregularidades identificadas.

O projeto de lei também impõe alteração drástica do rito processual do exame prévio de edital. Atualmente, para paralisação cautelar do certame, a Corte de Contas paulista, e.g., notifica a origem para apresentar alegações no prazo de 2 dias e, após a instrução e o contraditório, o Plenário delibera. No entanto, na nova sistemática processual vislumbrada pelo projeto de lei não há contraditório na decisão de paralisação, havendo apenas a possibilidade de posterior interposição de recurso, no prazo de 30 dias. Ao que parece, esse procedimento não seria mais célere do que o atual, adotado por este Tribunal de Contas, não havendo, pois, razões objetivas para que tais disposições específicas sejam tratadas como normas gerais, aliás, ao arripio do art. 22, XXVII, da Constituição Federal.

Em síntese, as disposições do artigo 93 devem ser todas suprimidas.



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



6. Essas as principais preocupações em ordem a preservar as competências constitucionais e atribuições legais atualmente conferidas aos Tribunais de Contas, as quais, respeitadas as funções do Congresso Nacional, não devem ser subtraídas por aprovação de novas e inconstitucionais normas.

Encaminhem-se os autos à Presidência.

G.C, em

*M*  
**DIMAS EDUARDO RAMALHO**  
**CONSELHEIRO**



**SENADO FEDERAL**  
Presidência

Brasília, 06 de outubro de 2014.

- **OFÍCIO GP Nº 3359/2014.**
- **ORIGEM:** Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

A Sua Senhoria o Senhor  
**LUIZ FERNANDO BANDEIRA DE MELLO**  
Secretário-Geral da Mesa do Senado Federal

Encaminho a Vossa Senhoria o expediente em epígrafe, para conhecimento e adoção das providências cabíveis, nos termos da manifestação do Excelentíssimo Senhor **EDGARD CAMARGO RODRIGUES**, Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, mediante o qual envia cópias das manifestações produzidas nos autos do processo TC-A-17.458/026/02, que abriga estudos relativos à modernização da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

  
**EMÍLIA MARIA SILVA RIBEIRO CURI**  
Chefe de Gabinete

SENADO FEDERAL

SECRETARIA-GERAL DA MESA

Brasília, 21 de outubro de 2014

Senhor Edgard Camargo Rodrigues, Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo,

Em atenção ao Ofício GP nº 3359/2014, de Vossa Excelência, encaminhado a esta Secretaria-Geral pela Presidência do Senado, informo que a referida manifestação foi encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal para ser juntado ao processado do PLS nº 559, de 2013, que "*Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*", que se encontra atualmente naquele órgão.

Atenciosamente,

  
Luiz Fernando Bandeira de Mello  
Secretário-Geral da Mesa