

**Título :** ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O REALISMO JURÍDICO: O DIREITO É AQUILO QUE O TCU DIZ QUE É EM MATÉRIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS?

**Autor :** Victor Aguiar Jardim de Amorim

## **DOCTRINA – SET/2020**

### **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O REALISMO JURÍDICO: O DIREITO É AQUILO QUE O TCU DIZ QUE É EM MATÉRIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS?**

#### **VICTOR AGUIAR JARDIM DE AMORIM**

Doutorando em Constituição, Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Coordenador do Curso de Pós-graduação em Licitações e Contratos Administrativos do IGD. Professor de pós-graduação do ILB, IDP, IGD e CERS. Por mais de 13 anos, atuou como Pregoeiro no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (2007-2010) e no Senado Federal (2013-2020). Advogado e Consultor Jurídico. Autor das obras "Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Jurisprudência" (Editora do Senado Federal) e "Pregão Eletrônico: comentários ao Decreto Federal nº 10.024/2019" (Editora Fórum). Site: [www.victoramorim.com](http://www.victoramorim.com)

Como profissional atuante na área de licitações e contratos administrativos há 11 anos, tive a oportunidade de constatar, diariamente, a intensidade e a relevância da “jurisprudência” do Tribunal de Contas da União na formação da vontade e aplicação do Direito por parte dos agentes públicos.

De plano, sem maiores digressões e propondo apenas uma constatação da práxis, o que se observa é a consideração dos julgados do TCU como verdadeiros enunciados normativos abstratos aptos a regularem todas as situações concretas da vida administrativa.

Como num verdadeiro jogo da Katchanga <sup>1</sup>, agentes públicos trazem à tiracolo carradas de “acórdãos” do TCU que — a seus olhos — constituem o salvo-conduto personalíssimo ou o mapa mais seguro para a tomada (ou não!) da decisão.

É assaz comum verificarmos nas petições de recursos administrativos, nas decisões de comissões de licitação, de pregoeiros e nos despachos de autoridades argumentos e motivações que, a rigor, representam a “jurisprudência” do TCU sobre determinada matéria, como se a citação de um único acórdão ou julgado apenas fosse suficiente para caracterizar um entendimento apriorístico, uníssono, consolidado e definitivo da corte de contas.

Dessa forma, fica nítido que a resolução da lide administrativa é vencida por aquele que apresenta o julgado que melhor se “encaixa” ao caso em discussão, ignorando, muitas vezes, a literalidade da lei, os ensinamentos doutrinários e a indissociabilidade do elemento interpretativo na aplicação da norma (legal ou administrativa). Daí a história da Katchanga...

Note-se que tal prática não se limita apenas ao âmbito federal, porquanto, salvo reduzidas exceções, os tribunais de contas estaduais e os municipais tendem a reproduzir o “entendimento” do TCU.

Temos, assim, o estado da arte da lógica decisória da administração pública brasileira, em todos os níveis e segmentos.

E, partindo para a análise crítica da práxis, é preciso indagar: em qual medida se mostra compatível com a ordem constitucional brasileira a incorporação por parte de órgãos e entidades da administração pública das razões de decidir contidas em julgados da corte de contas — produzidos a partir de casos concretos — como enunciados abstratos e normativamente vinculantes?

Salvo nos casos de consulta <sup>2</sup>, cuja resposta do TCU possui caráter normativo, olvida-se que as decisões da corte em sede de representações, prestação de contas e tomada de contas especial são respostas a situações concretas, diante das peculiaridades e circunstâncias do caso analisado. E, em assim sendo, não constituem, por si só, um precedente ou um entendimento a ser inexoravelmente aplicado em outros casos.

Em conformidade com o parágrafo 3º do artigo 1º da Lei 8.443/1992, as decisões do TCU são formadas pelas seguintes partes: i) o relatório do ministro relator, de que constarão as conclusões da instrução pela unidade técnica e manifestação do Ministério Público junto ao tribunal; ii) fundamentação com que o ministro relator analisará as questões de fato e de direito; iii) dispositivo com que o ministro relator decidirá sobre o mérito do processo.

A rigor, o atributo de definitividade do julgado ou a conclusão comum dos integrantes da corte de contas se limita ao conteúdo da parte dispositiva, não havendo que se falar em transcendência dos motivos determinantes do julgado ou, ainda, dos obter dictum constantes da “fundamentação”.

O problema identificado na práxis hodierna da administração pública brasileira reside em dois pontos: i) tomar a conclusão contida na parte dispositiva do acórdão como entendimento apriorístico do TCU e, assim, aplicável a todo e qualquer caso que aparente alguma semelhança; ii) extrair da “fundamentação” (motivos determinantes e obter dictum) enunciados abstratos e conferindo-lhe status de entendimento da corte de contas.

Outrossim, tal prática conduz a conferir aos julgados do TCU caráter abstrato-normativo, vinculando os agentes públicos quando do enfrentamento de situações futuras. Entendidas como enunciados normativos especiais em relação às normas gerais editadas pelo Legislativo, tais conclusões da corte de contas seriam de aplicação obrigatória e independente das características e do contexto do caso concreto. Daí, se retira toda liberdade interpretativa do agente público e se fecham os caminhos alternativos não reputados pelo TCU como viáveis.

Ao emplacar em todos os julgados do TCU um efeito vinculante (inclusive dos próprios motivos determinantes), estamos, nas palavras de Lenio Streck e Georges Abboud, dando respostas antes mesmo das perguntas <sup>3</sup>.

Texto e norma não são a mesma coisa. Somente os fundamentos da decisão possuem força vinculante. O dictum é apenas uma observação ou uma opinião. Mas o mais importante a dizer é que os precedentes são “feitos” para decidir casos passados; sua aplicação em casos futuros é incidental.

Tudo isso pode ser resumido no seguinte enunciado: precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras: as súmulas (ou os ementários em geral, coisa muito comum em *terrae brasilis*), ao contrário, são enunciados “gerais e abstratos” — características presentes na lei — que são editados visando à “solução de casos futuros”.

[...] Quem faz uma ementa e dela se serve de forma atemporal e a-histórica está igualando texto e norma, lei e direito. Trata-se de uma pretensão com viés anti-hermenêutico. E por que é anti-hermenêutico? Porque a hermenêutica é exatamente a construção para demonstrar que é impossível ao legislador antever todas as hipóteses de aplicação<sup>4</sup>.

Tal problema torna-se ainda mais complexo diante da singularidade de determinados casos concretos nos quais a corte de contas faz, a partir das circunstâncias fáticas, uma avaliação meritória de controle e conformação acerca do caminho excepcional adotado por um administrador. Da conclusão do TCU quanto ao acerto ou desacerto da decisão administrativa não se pode extrair, em caráter abstrato, uma norma de aplicação apriorística e atemporal para casos futuros sem o devido cotejo de todas as circunstâncias incidentes sobre a nova situação.

Sob o prisma histórico, é salutar registrar a existência de discussão seminal no âmbito da corte <sup>5</sup> acerca da abrangência e dos limites da suposta competência normativa do TCU prevista no parágrafo 2º do artigo 79 do Decreto-Lei 2.300/1986 <sup>6</sup>, a norma geral sobre licitações e contratos administrativo revogada posteriormente pela Lei 8.666/1993.

Tal previsão foi discutida pelo Plenário do TCU em sessão no dia 13/8/1987, no bojo do Processo

TC 2.084/1987 , referente a um grupo de trabalho constituído “com a finalidade de proceder a imediatos estudos relativos ao Decreto-lei nº 2.300”. Em seu voto, expôs o ministro Ivan Luz:

[...] Em nenhum momento ao legislador constitucional ocorreu a hipótese de atribuir ao Tribunal de Contas funções regulamentadoras das leis, ‘instruções complementares’ a estas. **Não lhe compete, desenganadamente, normatizar ‘procedimentos licitatórios’ ou matéria relativa a ‘contratos administrativos’.** O que lhe cabe, isso sim, é, no exercício de suas funções jurisdicionais, interpretar as normas que regulam as atividades da administração federal para realizar o controle de legalidades de seus atos e o julgamento, conseqüente, da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens, dinheiros e valores públicos [...] Em conclusão e pelos motivos expostos, **não me parece deva o Tribunal expedir as instruções complementares de que trata o §2º do art. 79 do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986.** (Grifamos.)

Contudo, paulatinamente, já sob a égide da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.666/1993, é de se constatar que o TCU passou a reivindicar, de modo mais incisivo, seu papel de normatização “camuflada”. Para tanto, o enunciado da Súmula 222 da corte <sup>8</sup> dispensa maiores digressões:

**As Decisões do Tribunal de Contas da União**, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, **devem ser acatadas pelos administradores** dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Grifamos.)

Na mesma senda, em sede do Acórdão 177/2018-Plenário, extrai-se o seguinte trecho do voto do relator, ministro Aroldo Cedraz:

Compete ao gestor, ao assumir o cargo, tomar conhecimento das determinações desta Corte afetas à sua área de atuação e, no caso de descumprimento, arcar com o ônus decorrente<sup>9</sup>.

Não se pode olvidar que a prática de abstrativização dos julgados do TCU é intensificada a partir da ampla divulgação do famigerado Informativo de Licitações e Contratos, elaborado pela Diretoria de Jurisprudência (Dijur) da Secretaria das Sessões do TCU <sup>10</sup>, no qual são apresentados, “em enunciado direto e conciso, o entendimento das decisões escolhidas, seguido de um texto com informações do caso concreto para a melhor compreensão da tese apresentada”.

Assim, os resumos veiculados no informativo — que, diga-se de passagem, não constituem parte do julgado — tendem a ser compreendidos como a reprodução do entendimento “consolidado” do TCU, havendo, inclusive, registros de conclusões que não refletem as premissas do caso julgado pela corte <sup>11</sup>.

Enfim, diante da contextualização apresentada, é de se questionar se, nos tempos atuais, a aplicação do Direito pela administração brasileira em matéria de licitações e contratos administrativos é orientada por um “realismo jurídico” <sup>12</sup> capitaneado pelo TCU e, cada vez mais, alimentado pelo temor de eventual punição a ser sofrida pelos agentes públicos cujos atos estão sujeitos à fiscalização da corte de contas.

É fato que o “direito administrativo do medo” <sup>13</sup> e a abstrativização intensiva dos julgados do TCU se não conduzem a um grave quadro de ineficiência da administração pública, ao menos, ao castrar a liberdade interpretativa dos agentes públicos, arrefecem a capacidade de desenvolvimento de outras soluções viáveis para a melhoria da gestão pública. Afinal, o controlador jamais poderá substituir o administrador.

---

<sup>1</sup> Para um “histórico” da Katchanga, ver artigo de Lenio Streck publicado na coluna “Senso Incomum” da ConJur em 28/6/2012: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>

<sup>2</sup> Vide artigo 1º da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU):

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

[...]

XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno.

[...]

§ 2º A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

<sup>3</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 31.

<sup>4</sup> Idem, ibidem, p. 30-31.

<sup>5</sup> Devo à prodigiosa memória do mestre Jorge Ulisses Jacoby Fernandes a lembrança de tal evento.

<sup>6</sup> § 2º O Tribunal de Contas da União, no exercício de sua competência de controle da administração financeira e orçamentária (art. 70, §§ 1º e 3º da Constituição), poderá expedir instruções complementares, reguladoras dos procedimentos licitatórios e dos contratos administrativos.

<sup>7</sup> Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45592/43997>

<sup>8</sup> Aprovada em sessão do Plenário no dia 13/12/1994.

<sup>9</sup> Disponível em: [https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A177%](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A177%253A177)

<sup>10</sup> Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/informativo-de-licitacoes-e-contratos.htm>

<sup>11</sup> É o caso do resumo elaborado a partir do Acórdão 1.134/2017-Plenário, veiculado na edição 324 do Informativo de Licitações e Contratos (disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codArqCatalogado=13040800>). Consta do informativo o seguinte resumo: “A ausência de interesse da contratada em fazer nova prorrogação de avença de prestação de serviços de natureza continuada autoriza a realização de dispensa de licitação para contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento (art. 24, inciso XI, da Lei 8.666/1993), desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço”. Da leitura do resumo, pode-se depreender, em clara afronta à literalidade do artigo 24, XI, da Lei 8.666/1993, que seria desnecessária a formalização da rescisão do contrato, bastando a configuração do desinteresse da atual contratada quanto à prorrogação do prazo de vigência da avença. Ocorre que, no caso concreto, houve a efetiva rescisão do contrato original (já prorrogado) antes do encerramento de sua vigência. Tal rescisão se deu de forma amigável e foi motivada pelo desinteresse da então contratada pela nova prorrogação da avença. Note-se, pelo teor da redação utilizada no resumo, que há uma espécie de “autorização” geral e abstrata de aplicação da hipótese do artigo 24, XI, da Lei 8.666/1993 para todos os casos nos quais a atual contratada não manifesta interesse na prorrogação de avença de prestação de serviços de natureza continuada.

<sup>12</sup> É famosa a frase lavrada por um dos expoentes do "realismo jurídico" norte-americano, Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935): "The law is what the courts say it is" (apud MADDEN, Robert G. Essential law for social workers. New York: Columbia University Press, 2003, p. 25). Em livre tradução: "O Direito é o que os tribunais dizem que é".

<sup>13</sup> Para maiores aprofundamentos sobre a questão, sugerimos o fundamental artigo de Fernando Vernalha Guimarães intitulado “O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle”, publicado na revista Direito do Estado, edição 71, ano 2016 (disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>).

**Como citar este texto:**

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Administração Pública e o realismo jurídico: o direito é aquilo que o TCU diz que é em matéria de licitações e contratos?*, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 01 set. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.