

Compras Públicas

Notícias

Entrevista com o Ministro do TCU Benjamin Zymler sobre licitações e contratos

◀ Entrevista com o professor da ENAP Paulo Bernardes Honorio de Mendonça sobre boas práticas em pregão eletrônico e registro de preços.

Entrevista sobre indicadores em Compras Públicas com o professor da ENAP Thiago Bergmann ▶



Mostrar respostas aninhadas



Entrevista com o Ministro do TCU Benjamin Zymler sobre licitações e contratos
por Eduardo Paracêncio - segunda, 25 Set 2017, 17:55



(26/09) Entrevista com o Ministro do Tribunal de Contas da União Benjamin Zymler sobre licitações e contratos. As perguntas foram elaboradas pelo professor da Enap e Subprocurador-Geral Federal da Procuradoria-Geral Federal da Advocacia-Geral da União Daniel Barral.

1-Recentemente, a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2, de 30/4/2008, foi revogada pela Instrução Normativa nº 5, de 26/5/2017, tendo esta última atualizado a regulamentação do procedimento de contratação de serviços. Na sua avaliação, a nova regra contribuirá para a redução dos problemas apontados pelo TCU nos procedimentos licitatórios federais ou esses problemas não estão necessariamente associados à instrução procedimental?

Ministro Zymler: Eu acho que a Instrução Normativa nº 5/2017, como qualquer outra norma, não possui a capacidade de resolver, *de per se*, as situações com que nos defrontamos na vida quotidiana. Assim sendo, a eficácia dessa IN dependerá da forma como ela será aplicada e só poderá ser aferida à luz dos resultados concretos obtidos pela Administração Pública.

Cabe salientar que a Instrução Normativa nº 5/2017 replica em grande medida a antiga Instrução Normativa nº 2, com as alterações promovidas

pela Instrução Normativa nº 3. No entanto, o corpo da nova norma apresenta uma redação mais didática e enxuta, além de um conjunto de anexos bem interessantes, o que pode facilitar sua interpretação e aplicação.

Acrescento que, quando da elaboração da Instrução Normativa nº 5, o MPOG (atual MPDG) levou em conta alguns acórdãos do TCU, por meio dos quais foi determinado o estabelecimento de uma fase preliminar à licitação, denominada fase de planejamento, que engloba os estudos preliminares, a gestão de riscos e a elaboração do termo de referência ou do projeto básico.

A ideia da Gestão de Risco é relevante e demanda um processo de aprendizagem devido ao seu caráter inovador. Aliás, cumpre lembrar que ela está sendo desenvolvida a partir de seguidas decisões do TCU.



Outra questão relevante tratada na IN nº 5 diz respeito à responsabilidade subsidiária do Estado. A nova norma adota um enfoque promissor, uma vez que flexibiliza a gestão dos contratos, por exemplo, ao permitir o uso de uma conta vinculada ou prever a sistemática do fato gerador.

Por outro lado, o problema fundamental permanece, uma vez que o Estado precisa replicar um departamento de pessoal para verificar a vida funcional dos empregados da empresa terceirizada.

A meu ver, o sucesso da nova IN dependerá em larga medida da atuação da Justiça do Trabalho, da forma como ela avaliará a aplicação da Súmula 331 aos casos concretos em conjunto com as regras introduzidas pelo novo dispositivo, que determina a análise da culpa do Estado.

Considerando que a Justiça do Trabalho apresenta uma tendência inexorável para tutelar os direitos dos hipossuficientes, não sei se a IN 5 vai provocar alguma transformação na jurisprudência trabalhista.

2-O Acórdão nº 2.622/2015- Plenário é apontado como um dos principais motivos para a edição da IN nº 5/2017. Este é um exemplo, dentre vários outros, de como as conclusões do TCU são determinantes para a formulação (ou reformulação) de procedimentos internos ou mesmo das políticas públicas federais. Na sua avaliação, o papel indutor exercido pelo TCU sobre a Administração Pública Federal decorre do reconhecimento advindo da robustez de suas análises e conclusões ou do receio de responsabilização por parte do gestor?

Ministro Zymler: Não tenho dúvidas de que o acatamento das deliberações do TCU decorre tanto do reconhecimento da qualidade dos trabalhos do Tribunal quanto do receio da aplicação de sanções. Quando a Corte de Contas realiza auditorias operacionais, de desempenho ou governança, ela exercita o *soft control*, um controle por meio de recomendações, sugestões. Nessas hipóteses, o receio da punição fica

absoluta ou razoavelmente mitigado.

O que garante a adesão dos gestores públicos às recomendações é o respeito que o TCU angariou no período pós-Constituição. Nesse período, houve a percepção de que as nossas análises são tecnicamente sustentáveis e visam à melhoria da Administração Pública, ao atingimento das metas fixadas para a consecução dos objetivos das políticas públicas, à busca pela otimização dos resultados, enfim, à satisfação dos anseios da sociedade.

Por outro lado, é inconteste que, em determinadas situações, em especial quando se trata da apuração de possíveis atos ilegais, o medo da punição desempenha um papel relevante no acatamento das nossas decisões.

Em síntese, as duas causas apontadas para o cumprimento das deliberações do TCU são relevantes.



3-O Acórdão nº 2.622/2015 – Plenário, mencionado anteriormente, objetivou sistematizar informações sobre o estágio da governança e da gestão das aquisições da Administração Pública Federal (APF), tendo proposto a adoção de várias medidas corretivas. A APF possui uma governança adequada de suas contratações? O que pode ser melhorado? Quais são os próximos passos do TCU para contribuir para o robustecimento da governança da APF?

Ministro Zymler: Diferentemente do que ocorre em outras áreas, o Tribunal ainda não desenvolveu um índice que meça o nível da governança das aquisições na Administração Pública Federal.

O que a gente percebe nessa área de serviços é que alguns anos atrás, antes da IN nº 2, havia um quadro terrível de absoluto descompasso, de falta de padronização de procedimentos, de ausência de metodologias. A referida instrução normativa teve o mérito de uniformizar métodos e rotinas.

É óbvio que a Administração Pública Federal é muito grande e, por via de consequência, apresenta um quadro assimétrico. Existem zonas de grande qualificação e outras de baixa qualificação.

Mas, como nós não temos essa medida objetiva, eu não poderia dar números exatos e responder a essa pergunta de uma forma paramétrica.

4-Quais são as boas práticas identificadas pelo TCU que deveriam ser adotadas pela APF em suas contratações públicas e ainda não o foram?

Ministro Zymler: Eu acho que as Instruções Normativas nº 2, nº 3 e nº 5 representam, na prática, uma homenagem à jurisprudência do Tribunal, uma vez que elas foram redigidas com base nas nossas recomendações e determinações. Nesse mesmo sentido, pode ser citada a IN nº 4, relativa à

tecnologia da informação.

Assim sendo, verifica-se que muitas boas práticas apontadas pela Corte de Contas foram objeto de normatização, o que implica dizer que sua adoção se tornou compulsória.

Eu diria que é quase uma forma diferente de regulamentar leis a quatro mãos, sendo que o órgão de controle exerce um papel heterodoxo no processo de buscar a regulamentação não de forma ativa.

Em síntese, a regulamentação é elaborada pelo Ministério do Planejamento, que leva em consideração a totalidade dos nossos entendimentos. Note-se que esse fenômeno se repete quando da edição de alguns decretos.

5-O uso de soluções alternativas de conflitos por parte da Administração é uma realidade normativa, mas ainda pouco utilizada na prática. Atualmente, seu uso é restrito a alguns setores ou temas. Entretanto, em razão das recentes inovações legislativas, como por exemplo o Código de Processo Civil, que incentivou a solução consensual de conflitos, a Lei nº 13.140/2015, que dispôs sobre a auto composição de conflitos no âmbito da administração pública, e o art. 31 da Lei nº 13.448/2017, que reafirmou a possibilidade de submissão dos contratos de parceria à arbitragem, sua aplicação deve crescer de maneira importante nos próximos anos. Como o TCU está se preparando para atuar neste novo cenário, em que a Administração realizará um número substancial de acordos administrativos?

Ministro Zymler: Eu acho que o TCU realmente vai chegar a um ponto de inflexão na sua jurisprudência. Historicamente, o Tribunal tem sido muito conservador, não assimilando de forma natural a solução dos conflitos dentro da Administração Pública ou com a Administração Pública por meio da utilização de métodos alternativos.

Avalio que tal atitude se deva ao receio de colocar em risco, ainda que em tese, as nossas competências. Em especial, pode-se temer a perda das prerrogativas do TCU para dispor, disciplinar e resolver, de forma vinculante, disputas entre entes da Administração Pública ou entre particulares e essa Administração.

Contudo, eu tenho que reconhecer que matérias complexas, como, por exemplo, as parcerias público-privadas, as concessões, os contratos administrativos mais sofisticados ou algumas questões financeiras contratuais, devem ser examinadas por quem detenha conhecimentos muito específicos.

Nesse contexto, a judicialização de questões relativas a essas matérias pode não levar à qualquer solução. Assim sendo, o Tribunal terá que concluir que os direitos obviamente indisponíveis não podem ser delegados à arbitragem, mas a quantificação desses direitos pode e deve ser definida por meio de mecanismos alternativos. Afinal, é razoável que a

arbitragem, a mediação ou outro desses mecanismos defina quanto o Estado tem que pagar a alguém ou quanto alguém tem que pagar ao Estado, envolvendo ou não um encontro de contas.

O TCU ainda não possui uma posição sólida sobre essa questão, ela está sendo construída ao longo do tempo, a partir da solução conferida aos casos concretos submetidos ao Tribunal. Mas eu vejo enormes chances de que, no futuro, a Corte de Contas venha a permitir e até incentivar a autocomposição, a mediação e a arbitragem.

6-Na sua avaliação, quais são os cuidados que a Administração Pública deve adotar nesta transição do modelo legalista para o modelo consensual?

Ministro Zymler: Essa é uma excelente pergunta. A qualificação adequada do quadro de servidores é talvez a medida mais importante. Afinal, a Administração Pública só deve percorrer novos caminhos quando contar com servidores preparados para lidar com os riscos e desafios associados a essas novas questões.

Assim sendo, a oferta de treinamentos e cursos de pós-graduação, a formação de grupos de estudos e discussão técnica e a certificação dos especialistas que vão atuar nessa área é fundamental para que essa transição ocorra da forma menos traumática possível.

7-Quando o TCU fiscaliza uma agência reguladora em sua atividade finalística, ele exerce uma atividade fiscalizatória de segundo grau. Poderia explicar este conceito? Qual é a diferença prática entre o controle da atuação finalística realizado no INCRA e aquele implementado na ANATEL, por exemplo, segundo este critério?

Ministro Zymler: Entre as competências mais nobres das agências reguladoras, está a fiscalização da prestação de serviços públicos ou de determinadas atividades consideradas mais relevantes para a sociedade, na forma definida em lei. Ao exercitar essa competência, o ente regulador pratica uma atividade fiscalizadora originária ou de primeiro grau, em obediência a um comando legislativo que lhe conferiu esse poder/dever.

Nesse contexto, cabe ao TCU evitar adentrar na esfera da chamada competência técnica da agência reguladora, sob pena de violar dispositivos legais.

Além disso, é sempre importante ressaltar que os entes reguladores possuem um corpo de servidores preparado e especializado na matéria regulada, enquanto o Tribunal conta com um corpo funcional formado, em sua maioria, por generalistas. Assim sendo, o TCU deve ter a humildade de reconhecer que, muitas vezes, existe uma assimetria de informações e conhecimentos entre a Corte e as agências.

Por outro lado, isso não significa que nós não possamos controlar todo tipo de atividade operacional do Estado. Afinal, a competência para

exercer esse controle foi outorgada ao TCU pelo art. 71 da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, nós exercemos uma fiscalização de 2º grau, que é a fiscalização do fiscal, no âmbito da qual verificamos se a atuação da agência observa os parâmetros técnicos, de legalidade e de conformidade.

Caso seja constatada alguma irregularidade, alguma ilegalidade, o TCU pode e deve determinar sua correção. Contudo, se forem detectadas apenas divergências de entendimento ou se for verificada a adoção de medidas discricionárias consideradas passíveis de aprimoramento, o Tribunal deverá se pronunciar por meio de recomendações, que não possuem caráter vinculante. Nessa hipótese, a Corte de Contas estará contribuindo para o aprimoramento da Administração Pública, não coibindo a prática de atos ilegais.

Acrescento que muitos órgãos públicos, inclusive o Incra, que mencionado na pergunta, fiscalizam de alguma forma as atividades desenvolvidas na sua área de atuação, uma vez que eles possuem competências regulatórias.

Note-se que a regulação compreende tanto a fiscalização quanto a regulamentação da prestação de serviço público ou do exercício de atividades econômicas por particulares.

É interessante observar que a regulação não está restrita à prestação de serviços públicos, uma vez que várias atividades econômicas privadas são reguladas por agências, como é o caso da Agência Nacional de Águas - ANA ou da Agência Nacional do Cinema - ANCINE.

Se entre as atividades executadas pelo INCRA, no âmbito da reforma agrária, estiver a fiscalização de determinada atividade, caberá ao TCU exercer a fiscalização sobre o fiscal. Pouco importa se essa fiscalização de 1º grau tiver por objeto a prestação de serviço público, uma atividade de fomento ou submetida ao exercício do poder de polícia.

Em síntese, compete ao Tribunal fiscalizar o fiscal, com o cuidado de não invadir os espaços de competência originários desse fiscal, principalmente quando ele exerce suas competências discricionárias e adota suas opções dentro da lei.

Benjamin Zymler é Ministro do Tribunal de Contas da União desde 2001, onde ingressou no cargo de Ministro-Substituto em 1998, por meio de concurso público de provas e títulos. Ocupou o cargo de Presidente da Corte de Contas no biênio 2011/2012. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília - UnB, com vasta experiência em Direito Administrativo e Direito Constitucional, graduado em Engenharia Elétrica pelo Instituto Militar de Engenharia - IME e em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. ministrou cursos e palestras em diversos institutos. tais

de Ensino Superior, ministérios e cargos e parcerias em diversos institutos, tais como Escola da Magistratura do Distrito Federal e Territórios, Escola da Magistratura do Trabalho e Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Foi, também, professor do Centro Universitário de Brasília - UniCeub. É autor das obras "Direito Administrativo e Controle", "O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-Privadas", "Direito Administrativo", "Política & Direito: uma visão autopoiética", "Processo Administrativo no Tribunal de Contas da União" e "Regime Diferenciado de Contratação-RDC", "Lei Anticorrupção - Lei nº 12.846/2013 - Uma Visão do Controle Externo".

Daniel Barral é Procurador Federal da Advocacia-Geral da União (AGU). Desde 2008, atua na consultoria e assessoramento de gestores federais, auxiliando-os nos seus processos de compras públicas. É especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp e em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). É Subprocurador-Geral Federal da Procuradoria-Geral Federal da Advocacia-Geral da União e Professor da Escola Nacional de Administração Pública (ENAP).



◀ Entrevista com o professor da ENAP Paulo Bernardes Honorio de Mendonça sobre boas práticas em pregão eletrônico e registro de preços.

Entrevista sobre indicadores em Compras Públicas com o professor da ENAP Thiago Bergmann ▶

[Voltar para o início da comunidade ➡](#)

Escola Nacional de Administração Pública - ENAP



 Brasil - Governo Federal